

J. rom. m.

278.f

KRITISCHE VERSUCHE

IM GEBIETE

DES RÖMISCHEN RECHTS

VON

PAUL KRÜGER.

BERLIN.

WEIDMANNSCHE BUCHHANDLUNG.

1870.

J. rom. m.

278 f

Früger

7.13



<36603891100013

<36603891100013

Bayer. Staatsbibliothek



KRITISCHE VERSUCHE.

KRITISCHE VERSUCHE

KRITISCHE VERSUCHE
IM GEBIETE
DES RÖMISCHEN RECHTS

VON
PAUL KRÜGER.

BERLIN.
WEIDMANNSCHE BUCHHANDLUNG.
1870.



MEINEM FREUNDE

WILHELM STUDEMUND

NEWLY FREED

WILLIAM STEPHENS

Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Ueber den formlosen Widerruf der Testamente	1
Eine mancipatio fiducia causa	41
Beitrag zur Lehre von der Civilcomputation	59
Ueber die deductio quae moribus fit und die vis im interdictum	
Uti possidetis	66
Bemerkungen über das interdictum Uti possidetis	88
Vorschläge zu den Institutionen des Gaius	113
Gaius 1, 35 (Iteration)	114
Gaius 3, 43 — 45 (Erbrecht des Patrons)	124
Gaius 3, 79 — 81 (Bonorum venditio)	134
Ueber Ulpian's libri duo institutionum	140

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung
11	Die Geschichte der Philosophie
15	Die Philosophie der Griechen
19	Die Philosophie der Römer
23	Die Philosophie der Araber
27	Die Philosophie der Scholastiker
31	Die Philosophie der Renaissance
35	Die Philosophie der Aufklärung
39	Die Philosophie der Romantik
43	Die Philosophie der Gegenwart
47	Die Philosophie der Zukunft
51	Die Philosophie der Gegenwart
55	Die Philosophie der Zukunft

Ueber

den formlosen Widerruf der Testamente.

Als Kanon des römischen Erbrechts gilt der Satz, daß ein Testament durch Vernichtung der Urkunde, Zerstörung der äußeren Zeichen seiner Solennisirung oder Durchstreichung des Inhalts seitens des Erblassers ipso iure aufgehoben werde. Sind nur einzelne Bestimmungen durchstrichen, so sollen auch nur diese, aber gleichfalls nach ius civile, in Wegfall kommen.

Dieser Satz enthält eine Abweichung von der sonst für Formalgeschäfte aufgestellten Regel des ius civile. Wie für die Begründung derselben eine feierliche, den Willen unverkennbar kund gebende Handlung erfordert wird, so soll auch die Aufhebung derselben, soweit sie nicht durch den normalen Verlauf des beabsichtigten Rechtsverhältnisses herbeigeführt wird, in einem entsprechenden feierlichen Acte vor sich gehen¹⁾. Beim Testament kennt das ius civile als contrarius actus nur die Errichtung eines neuen Testaments; die bezeichneten Handlungen dagegen sind formlos, sie haben nicht einmal in-

¹⁾ L. 35 de r. i. (50, 17): Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. Ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur; vgl. l. 153 eod. Ihering, Geist des Röm. Rechts 2 § 47^b.

sofern eine äußerliche Beglaubigung, als sie in derselben Weise von jedem anderen als dem Testator vorgenommen sein können; und selbst wenn darüber kein Zweifel obwaltet, daß sie von letzterem ausgegangen, so bleibt immer noch die Möglichkeit offen, daß dabei Zufall oder Versehen mitgespielt habe, die den Willen, die frühere Verfügung aufzuheben, ausschließen. Wie sehr alles dies dem Charakter des *ius civile* widerspricht, wird schon mancher gefühlt haben¹⁾; trotzdem ist gegen die Regel nie Widerspruch erhoben; man glaubte klare Quellenaussprüche für sich zu haben.

Die Hauptstelle ist l. 1 § 8 D. si tabulae test. nullae extabunt (38, 6) Ulp.: Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae vel quia cancellatae vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit voluitque intestato decedere, dicendum est ab intestato rem habituros eos qui bonorum possessionem acceperunt.

Schon diese giebt zu großem Bedenken Anlaß. Anstatt zu sagen: wenn der Testator sein Testament in der Absicht die Intestaterbfolge herbeizuführen zerstört hat, legt Ulpian allein den Nachdruck auf die Willensänderung (si heres institutus non habeat voluntatem), gleichviel ob sie auf diese oder eine andere Weise an den Tag gelegt worden.

Uebereinstimmend damit äußert sich derselbe Jurist in l. 4 § 10 de doli mali exc. (44, 4): Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione

¹⁾ Sintenis, Civilrecht § 179, 36 erklärt die Aufhebung durch Errichtung eines neuen Testaments für die ursprünglich einzige, die Rumpirung durch Zerstörung des Testaments für einen später hinzugetretenen Aufhebungsmodus; als Quelle desselben wird nach der ganzen Darstellung das *ius civile* vorausgesetzt.

eum doli mali repelli solere; et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.

Indefs die Frage, ob jedwede Willensäußerung genüge, um das Testament zu entkräften, berührt uns hier noch nicht; die grössere Schwierigkeit, welche in den Schlussworten beider Stellen liegt, scheint allgemein übersehen zu sein. Nach der gemeinen Lehre haben die in einem vernichteten Testament eingesetzten Erben gar kein Recht, es ist eben iure civili die Intestaterbfolge eröffnet. Warum sagt also Ulpian in der ersten Stelle, daß die Intestaterben, welche die bonorum possessio agnoscirt haben, die Erbschaft haben würden? Klingt das nicht so, als hätten sie ohne bonorum possessio kein Recht, als seien die instituti die civilen Erben? Und nun gar die exceptio doli gegen den institutus in der zweiten Stelle! Gegen welche Klage soll sich diese richten, wenn der Testamentserbe weder mit der hereditatis petitio noch mit dem interdictum Quorum bonorum klagen kann¹⁾?

Mit beiden Stellen vergleiche man das, was über den vorliegenden Fall im Titel de his quae in testamento delentur inducuntur vel inscribuntur (28, 4) gesagt wird. Zunächst gehört hierher l. 1 § 3 von Ulpian:

Sed consulto quidem deleta petentes exceptione (exc. pet. *Flor.*) repelluntur, inconsulto vero non repelluntur, sive legi

¹⁾ Mühlenbruch 38 S. 324 und Savigny System 3 S. 379 wollen die l. 4 § 10 auf den Fall beziehen, wenn der Erbe eine Erbschaftsforderung gegen den Willen des Erblassers einklagt. Wie man das aus den Worten 'heres qui non habet voluntatem' herauslesen soll, wäre selbst dann unbegreiflich, wenn nicht der Zusammenhang sagte, daß sie den vorhergehenden 'si quis quid ex testamento contra voluntatem petat' entsprechen. Daß aber letzteres nur auf den Honorirten, also den Schuldner, nicht auf den Onerirten gehen kann, liegt auf der Hand.

possunt sive non possunt, quoniam, si totum testamentum non extet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt: et si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur.

Nach dem Zusammenhang würde die Stelle nicht auf unseren Fall sich beziehen, sondern vielmehr auf den, wenn der Testator vor Beendigung des Testamentsactes Aenderungen vornimmt; davon handeln nämlich sowohl die vorausgehenden als der nächstfolgende Paragraph. Dennoch ist eine solche Beziehung deswegen unmöglich, weil dann § 3 mit dem principium in Widerspruch treten würde. Was der Testator absichtlich vor Solennisirung der Urkunde streicht, gilt als nicht geschrieben, daraus kann also nie eine Klage und deshalb auch keine exceptio dagegen gewährt werden¹⁾. Man erwartet daher mit Beziehung auf die Schlussworte von § 2 'sed hoc ita demum, si ante consummationem testamenti factum est' hinter sed ein postea; ob aber Ulpian so geschrieben, bleibt zweifelhaft; es könnte zwischen beiden Paragraphen einiges gestrichen sein, was ich um so mehr glaube, als auch § 4 sich nicht so unvermittelt an das Vorausgehende anschließen konnte. Eine weitere Schwierigkeit bietet das Folgende; der Satz, daß, selbst wenn das ganze Testament zu Grunde gegangen, doch sein Inhalt in Kraft bleibe, kann nicht als Bestärkung des anderen Satzes angeführt werden, daß es

¹⁾ Ganz abweichend faßt Mühlenbruch 39 S. 108 ff. obige Stelle auf. Er bezieht sie, indem er § 2 ganz übergeht, durchgängig auf den Fall der Streichung nach vollendetem Testament und löst den gerügten Widerspruch damit, daß Ulpian in den Worten des pr.: 'legi autem sic accipiendum ... legi posse' nur eine Interpretation der vorausgehenden Worte des Sabinus gebe, ohne damit behaupten zu wollen, daß ein anderweitiger Beweis ausgeschlossen sei.

für die Aufrechterhaltung des durchstrichenen darauf ankomme, ob absichtliche oder zufällige Streichung vorliegt. Man wird *quin etiam* für *quoniam* lesen müssen¹⁾.

Ulpian sagt also wiederum, die ausgestrichenen Verfügungen würden durch *exceptio* entkräftet, beständen also *ipso iure* zu Recht, und in diesem Zusammenhange kann auch das *actiones denegare* für den Fall, daß das ganze Testament vernichtet ist, nur auf diejenigen bezogen werden, welche *ipso iure* eine *actio* hatten²⁾.

In demselben Sinne spricht Ulpian auch in der nächstfolgenden Stelle vom *denegare actiones*. Sie lautet:

¹⁾ Daß der überlieferte Text auch der justinianische ist, beweist trotz der gründlichen Verworrenheit der Basilikenauszug der Synopsis (Zachariae Jus Gr. R. 5 p. 224): *Τὰ περιχαράγντα ἢ περισφραγισθέντα ἢ ἀναλειφθέντα, εἰ μὲν κατὰ πρόνοιαν ἢ εἰδῶσιν τοῦ διατιθεμένου, ἄκυρά ἐστιν, εἰ δὲ ἄλλως, ἔρρωται, καὶ ἐν τινι μέρει τῆς διαθήκης εἶπεν αὐτὸς ταῦτα πεποιημένοι (= pr. § 1). τότε δὲ ἀπαιτοῦνται, ὅτε θεωρεῖσθαι καὶ ἀναγινώσκεσθαι δύνανται, ἢ ἀποδειχθῆναι δύνανται, καὶ μὴ ἀναγινώσκονται (= § 2 sed si legi non possunt ... § 3 sive legi possunt sive non possunt) ἐπειδὴ καὶ ἡ διαθήκη εἰ καὶ μὴ φαίνεται, ἔρρωται τὰ ἐν αὐτῇ ἐτέρωθι δεικνύμενα (= quoniam, si totum testamentum non extet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt). ἀλλὰ τοῦτο τὸ εἰπεῖν ὅτι αὐτὸς ταῦτα πεποίηκα χώραν ἔχει, ὅτε πρὸ τοῦ πληρωθῆναι τὴν διαθήκην τὰ λεχθέντα γέγονε (= § 1 sed hoc ita demum, si ante consummationem testamenti factum est).*

²⁾ *Exceptio doli* und *denegare actiones* gehen neben einander her; jene stellt der *bonorum possessor* entgegen, dieses bezieht sich auf die Singularklagen gegen dritte analog der Klagenverweigerung gegenüber dem *Fiduciar* nach Restitution des *Universalfideicommisses*, nicht etwa auf die Möglichkeit, daß der Prätor es deshalb nicht zur Klage kommen läßt, weil die Bedingungen der *exceptio doli* schon vor der *Litiscontestatio* sich als vorhanden herausgestellt haben.

Cancellaverat quis testamentum vel induxerat et se (si *Flor.*) propter unum heredem facere dixerat; id postea testamentum signatum est: quaerebatur de viribus testamenti deque portione eius, propter quem se cancellasse dixerat. Dicebam, si quidem unius ex heredibus nomen induxerit, sine dubio ceteram partem testamenti valere et ipsi soli denegari actiones; sed legata ab eo nominatim relictas debebuntur, si voluntas ea fuit testantis, ut tantum heredis institutio improbetur. Sed si instituti nomen induxit et substituti reliquit, institutus emolumentum hereditatis non habebit. Sed si omnia nomina induxerit, ut proponitur, adscripserit autem idcirco se id fecisse, quia unum heredem offensum habuit, multum interesse arbitror, utrum illum tantum fraudare voluit hereditate an vero causa illius totum testamentum infirmare, ut licet¹⁾ unus inductionis causam praebuerit, verum omnibus offuerit. Et si quidem soli ei ademptam voluit portionem, ceteris nihil nocebit inductio, non magis quam si volens unum heredem inducere invitum et alium induxerit. Quod si putavit totum testamentum delendum ob unius malum meritum, omnibus denegantur actiones; sed an legatariis denegari actio debeat, quaestio est. In ambiguo tamen interpretandum erit et legata deberi et coheredum institutionem non esse infirmam.

Der Fall ist der, daß Jemand sein Testament geöffnet und durchgestrichen hatte, wie er sagte, um der Person eines institutus willen, und dann es wieder von den Zeugen hatte zusiegeln lassen²⁾. Hätte er nur die eine Erbeinsetzung aus-

¹⁾ licet streicht Mommsen.

²⁾ Obgleich die Worte 'id postea testamentum signatum' est darauf führen könnten, das Testament sei vorher noch nicht gesiegelt, also

gestrichen, sagt Ulpian, so würden unzweifelhaft nur diesem Erben die Klagen verweigert werden. Das heisst also wieder, ipso iure gilt auch diese Erbeinsetzung wie das ganze Testament, der Testator kann seine früheren Verfügungen auf diesem Wege iure civili nicht zurücknehmen; aber der Prätor setzt sie ausser Kraft, indem er die Geltendmachung verhindert. Demgemäss wird auch das Legat, das dem Erben nominatim auferlegt war, nur dann ungültig, wenn dies der Wille des Erblassers war, während der Wegfall der Erbeinsetzung iure civili den der legata nominatim relicta mit sich zog¹⁾. Ferner entzieht der Substitut dem institutus den Genuß der Erbschaft, nämlich durch Agnoscirung der bonorum possessio, durch exceptio doli oder durch Auswirkung der denegatio actionum. Endlich würden, sagt Ulpian, auch für den vorliegenden Fall, wenn Vernichtung aller Erbeinsetzungen beabsichtigt war, allen Erben die Klagen verweigert, anderenfalls aber seien die übrigen Einsetzungen nicht ausser Kraft zu setzen.

Die prätorische Rescission des Testaments liegt auch in den Worten scriptis avocabitur hereditas, mit denen Paulus in einer Note zu Papinians responsa die Wirkung des Widerrufs beschreibt, welcher sich durch Zerstörung einer von mehreren Testamentsurkunden kundgiebt²⁾.

noch gar nicht fertig gewesen, so beweist doch das bisher Gesagte, daß an diesen Fall nicht gedacht sein könne. Ueber nachträgliche Abänderungen und nochmalige Zusiegelung vergl. l. 21 § 1 l. 23 D. qui testamenta facere possunt (28, 1).

¹⁾ L. 29 § 2 D. de legatis II (31) vergl. Keller, Pandecten § 583 Note 7.

²⁾ L. 4 eod. Papinianus libro sexto responsorum: Pluribus tabulis

Eine ganz unzweideutige Widerlegung der civilen Nullität des Testaments enthält ferner die l. 3 eod., obgleich sie nach einer anderen Seite hin eine den obigen entgegengesetzte Entscheidung enthält. Sie lautet:

Marcellus libro vicesimo nono digestorum. Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. Plerique etiam legatarios excludendos existimabant; quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset; ¹⁾ nonnullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius.

Soweit zunächst die eignen Worte des Marcellus. Man sieht, die Entscheidung über die Legate, auf die es ihm allein ankam, stimmt ganz mit der Ulpian's in l. 2 eod. überein. Dafs aber um der Ausstreichung der Erbeinsetzungen willen

eodem exemplo scriptis unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus sollemniter complevit. Si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque delevit, quae iure gesta sunt, praesertim cum ex ceteris tabulis quas non abstulit res gesta declaretur, non constituentur irrita. Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas.

¹⁾ 'at si non omnes cancellasset' muß mit Mommsen eingeschoben werden.

die Güter als *caduca* vom *Fiscus* vindicirt werden, das setzt einerseits civile Gültigkeit des Testaments, andererseits Nichteröffnung der *bonorum possessio ab intestato* voraus, denn letztere würde die Anwendung der *lex Julia* ausschliessen. In den Worten '*nonnullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura*' könnte man eine Anerkennung der civilen Nullität finden; das paßt aber, wie gesagt, gar nicht zu den Voraussetzungen der Stelle, *iure ipso* kann hier nichts anders heißen, als 'selbstverständlich', der Nachdruck liegt allein auf *id*.

Der übrige Theil der Stelle enthält die Entscheidung des Kaisers zugleich mit dem Protocoll der Verhandlung; jene ist ganz nach der Meinung des Marcellus ausgefallen, neu ist darin nur, daß auf eine Constitution von Antoninus Pius Bezug genommen wird, die bereits die eingesetzten Erben von der Erbschaft ausgeschlossen habe.

Verwandt mit der Auffassung des Marcellus ist diejenige Papinians. In l. 12 D. de his quae ut indignis auferuntur (34, 9) sagt er Folgendes:

Cum quidam scripsisset heredes quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret neque superius testamentum ruptum esset, tamen ut indignis heredibus¹⁾, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem senatus hereditatem. Quod divus Marcus in eius persona iudicavit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat; causam enim ad praefectos aerarii misit, verum ab eo legata relicta salva manserunt. De praeceptionibus eidem datis voluntatis erit quaestio: et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat.

¹⁾ So Mommsen; heredibus tamen ut indignis *Flor.*

Das angeführte Decret Marc Aurels ist augenscheinlich dasselbe, an welchem Marcellus als Beisitzer mitgewirkt hatte¹⁾. Das Senatusconsult scheint älter zu sein als das Decret; während dieses aber auf Grund der Caducität den Fiscus eintreten läßt, nimmt jenes Indignität an. Daß Papinian letztere nicht bloß für den Fall der Errichtung eines zweiten ungültigen Testaments, sondern auch für die ausgestrichenen Erbeinsetzungen gelten liefs, ist nicht wohl zu verkennen. Den letzteren Fall bespricht er noch einmal in l. 16 § 2 eod.:

Cum heredis nomen mutata voluntate pater familias incisis tabulis induxisset atque ideo fisco portionis emolumentum adiudicatum fuisset, eam rem legatariis non obesse, qui retinuerant voluntatem, divo Marco placuit et ideo cum suo onere fiscum succedere.

Wir werden auf Grund dieser Stellen wohl sagen dürfen, daß die besprochene Note des Paulus zu l. 4 de his quae in test. der Ansicht Papinians nicht entsprach; er würde bei der von jenem vorausgesetzten Absicht des Erblassers nicht Intestaterbfolge, sondern Ereption durch den Fiscus haben eintreten lassen.

Daß auch die Indignität civile Gültigkeit des Testaments und Ausschluß der bonorum possessio ab intestato voraussetzt, ist bekannt. Eigenthümlich ist nur, wie neben dieser Auffassung, die durch die Entscheidungen des Senats und zweier Kaiser anerkannt worden, sich eine andere Bahn brechen konnte;

¹⁾ Die Worte 'ad praefectos aerarii misit' entsprechen dem Interlocut des Kaisers 'vos habetis iudices vestros', welches sich an die advocati fisci richtete.

es wäre nicht unmöglich, daß, wie Keller vermuthet¹⁾, Ulpian und Paulus eine neuere Rechtsentwicklung vertreten. Schon Marcellus deutet auf die Möglichkeit hin *bonorum possessio ab intestato eintreten zu lassen*, in den Worten *'nonne et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret'*, was bei ihm freilich mehr gegen die Legatare gesagt sein soll.

Das einzige der für civile Ungültigkeit des Testaments angeführten Zeugnisse, welches dieselbe nicht direct widerlegt, ist l. 1 § 10 de bon. poss. sec. tab. (37, 11):

Si linum, quo ligatae sunt tabulae, incisum sit, si quidem alius contra voluntatem testatoris inciderit, bonorum possessio peti potest; quodsi ipse testator id fecerit, non videntur signatae et ideo bonorum possessio peti non potest.

Da die Stelle von Ulpian ist, so wird man nicht sagen können, die *bonorum possessio* stehe nicht zu, weil ein civilrechtlich gültiges Testament nicht vorliege, ohne einen unheilbaren Conflict zwischen dieser und den anderen Aeufserungen Ulpians zu schaffen. In Wahrheit finden wir hier nur die Ergänzung der aus den anderen gewonnenen Ueberzeugung. Der Prätor schützt nach diesen die Intestaterben oder Substituten gegen den institutus als civilrechtlichen Erben; er ruft sie zur *bonorum possessio*, giebt ihnen die *exceptio doli* und verweigert dem institutus die Erbschaftsklagen. Daraus ergibt sich schon, daß er den letzteren nicht zur *bonorum possessio* rufen kann; eine *bonorum possessio secundum tabulas* und *ab intestato* sind ebenso wenig neben einander

¹⁾ Institutionen S. 401.

möglich, als civile Erbfolge ex testamento und ab intestato¹⁾; mehr ist aber in der obigen Stelle nicht gesagt²⁾.

Das aus den Pandectenstellen³⁾ gefundene Resultat findet seine Bestätigung in einer von Studemund neu gelesenen Stelle des Gaius; es wird zugleich dazu dienen, uns für die Ausfüllung der noch vorhandenen Lücken den Weg zu weisen.

Blatt 93 der Veroneser Handschrift enthält auf der Vorderseite bis Zeile 13 den Satz, daß, wenn den aus einem iure civili ungültigen Testament zur bonorum possessio berufenen kein heres entgegensteht, sie die bonorum possessio cum re haben, ja daß sie in dem § 121 desselben Buchs erwähnten Falle sich auch dem heres gegenüber behaupten könnten; ferner daß ihnen die lex Julia caducaria nicht entgegen stehe, weil diese erst dann Platz greife, wenn kein heres oder bonorum possessor vorhanden sei (2, 149. 150). Auf Zeile 14

¹⁾ L. 42 § 1 D. de bonis libert. (38, 2), l. 2 de succ. ed. (38, 9), vergl. Leist, Bonorum possessio 1 S. 227.

²⁾ L. 2 § 7 de b. p. s. t. kann nicht auf den hier behandelten Fall bezogen werden wegen der Gleichstellung des absichtlich ausgestrichenen Erben mit demjenigen, welcher ohne Willen des Testators in die Testamentsurkunde gesetzt worden; beides geht auf die Zeit vor Abschluß der Testamentserrichtung; vergl. auch l. 8 § 3 eod.

³⁾ Wir können denselben noch l. 15 § 1 de testamento militis (29, 1) hinzufügen, wo Ulpian sagt: Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest. Denique si cancellaverit testamentum suum vel inciderit, nullius erit momenti; si tamen testamentum cancellaverit et mox valere voluerit, valebit ex suprema voluntate. In den Worten 'nullius erit momenti' liegt ein Gegensatz zum gewöhnlichen Testament ausgedrückt, den man nach der bisherigen Theorie verneint hat.

Gaius Veronensis pag. 92.

14 ΡΟΤΕΥΤΙΥΡΕΦΑΚΤΑ ΤΕΣΤΑΜΕΝΤΑ (CCII. NCR Λ *****)
 15 ΙΝΦΙΡΜΕΤΥΡΑΡΡΑΡΕΤΗΝ ΠΟΣΣ (x ex u m i l o i —————)
 16 ΡΙΤΕΣ (I x p p i x x i) ΤΕΣΤΑΤΟΡΙΔΝ x m e r i t u λ e r e i q u e
 17 ΛΔΕ ΟΥΤΣΙΛΙΝΟΜΕΙΟΥΣ ΔΙΝCΙΔΕΡΙΤΝΙ ΗΙΟΜΙΝΟΥ
 18 ΙC·ΥΛΕΛΑΤΚΙΝΕ x x x x x x ΔΕΛΕΒΕΡΙΤΚΚΛ x Β —————)
 19 ΤΑΒΥΛΑ ΤΕΣΤ·ΝΙ ΗΙΟΜΙΝΟΥΣ ΔΕ ΣΙΝΕΝΤΥΛΕΡΕ
 20 (x i d i f o c i c x p —————) ΡΙ ΛΙCΕΤΕ ΟΡΟΥΜΒΑΤΙΟΔΙ (p x l x x)
 21 ΣΙΤΚΙΔΕΡΟΡΕ ΣΙ ΚΙΣ ΛΒΙΝΤΕΣΤΑΤΟΒΡΡΕΤΙΕΡ (I x x i i f)
 22 ΚΙ ΕΧΕΟΤΕΣΤ· ΗΕΡ C' ΡΕΤΑΤΗ ————— Δ —————
 23 ΟΔC ————— ΚΕΡΕΣΙΩ —————

Restitution.

14 ΡΟΤΕΥΤΙΥΡΕΦΑΚΤΑ ΤΕΣΤΑΜΕΝΤΑ ΚΟΝΤΡΑΡΙΔΟΥΛΟΝΤ
 15 ΙΝΦΙΡΜΕΤΥΡΑΡΡΑΡΕΤΗΝ ΠΟΣΣΕ ΕΧΕΟ ΣΟΛΟΙΝΦΙΡΜΑ
 16 ΡΙΤΕΣΤ·Κ' Ρ' ΤΕΣΤΑΤΟΡΙΔΝΟΛΕΡΙΤΥΛΕΡΕΥΙCΚΕ
 17 ΛΔΕ ΟΥΤΣΙΛΙΝΟΜΕΙΟΥΣ ΔΙΝCΙΔΕΡΙΤΝΙ ΗΙΟΜΙΝΟΥ
 18 ΙC·ΥΛΕΛΑΤΚΙΝΕΤΙΛΩCΙΔΕΛΕΒΕΡΙΤΚΚΛΟΒΛΕΥΕΡΙΤ
 19 ΤΑΒΥΛΑ ΤΕΣΤ·ΝΙ ΗΙΟΜΙΝΟΥΣ ΔΕ ΣΙΝΕΝΤΥΛΕΡΕ
 20 ΚΕΦΥΕΡΑΝΤCΡΙΡΤΑΛΙCΕΤΕ ΟΡΟΥΜΒΑΤΙΟΔΙ ΦΦΙCΙΛΙC
 21 ΣΙΤΚΙΔΕΡΟCΘΕCΙ ΚΙΣ ΛΒΙΝΤΕΣΤΑΤΟΒΡΡΕΤΙΕΡΙΤΕΤΙC
 22 ΚΙ ΕΧΕΟΤΕΣΤ· ΗΕΡ· Ε' ΡΕΤΑΤΗ ΡΕΔ

beginnt ein neuer Abschnitt; das zeigt der leere Raum am Ende der vorausgehenden Zeile und der groſse vor den regelmäſsigen Zeilenanfang herausspringende Buchstabe dieser Zeile an.

Auf der beifolgenden Tafel ist zunächst das Apographum der Zeilen 13 — 23 (24 ist nicht gelesen) abgedruckt; dahinter folgt die Restitution von Zeile 13 — 22. Diese giebt mit Auflösung der Abkürzungen folgenden Text:

Potest¹⁾, ut iure facta testamenta contraria voluntate infirmantur²⁾. Apparet autem³⁾ non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut⁴⁾ si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut obleverit tabulas testamenti, nihilo minus non⁵⁾ desinent valere quae fuerant scripta, licet eorum probatio difficilis sit. Quid ergo est? si quis ab intestato bonorum possessionem petierit et is, qui ex eo testamento heres est, petat hereditatem suam esse.

¹⁾ An diesem absolut gesetzten 'potest' hat man bei Gaius Anstoß genommen und geglaubt, der neue Abschnitt müsse schon auf der vorhergehenden Zeile beginnen; vergl. aber Gai. 4, 83: potest, ut actor ita dicat.

²⁾ infirmetur die Handschrift.

³⁾ autem fehlt.

⁴⁾ Vergl. § 7 J. quib. mod. test. infirm. (2, 17): Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere, usque adeo ut et si quis post factum testamentum posterius facere coeperit *rel.* Diese Uebereinstimmung mit Gaius wird an sich schon genügen, um Huschke's Conjectur, hier 'plusque adeo' für 'usque adeo ut' zu lesen, zu beseitigen.

⁵⁾ non fehlt.

Für das Folgende geben die auf Zeile 23 als zweifelhaft gelesenen Buchstaben keinen Anhalt; halten wir uns an den Rechtszustand, wie er bei Papinian anerkannt ist, so müßten wir etwa so ergänzen:

vincat quidem necesse est in hereditatis petitione; sed fiscus ei quasi indigno auferet hereditatem, ne ullo modo ad eum, quem testator heredem habere noluit, und daran schliessen sich die Worte der folgenden Seite:

perveniat hereditas; et hoc ita rescripto imperatoris Antonini significatur.

Schärfer, als es von Gajus geschieht, konnte der hier vertretenen Ansicht nicht Ausdruck gegeben werden, daß ein Testament iure civili durch Zerstörung der Testamentsurkunde nicht entkräftet werde¹⁾.

Wir stehen jetzt vor der Frage, in welchem Umfang der Prätor dem Widerruf Geltung verschafft, ob nur demjenigen, welcher in der Zerstörung der Testamentsurkunde, in der Ausstreichung der betreffenden Bestimmungen liegt, oder ob ihm auch eine anderweite Kundgebung desselben genüge.

Daß wir uns jetzt auf dem Boden des prätorischen Rechts bewegen, wird dazu beitragen, die principiellen Be-

¹⁾ Es ist deshalb überflüssig, auf die allein stehende Ansicht Mühlenbruchs (§ 1435 Bd. 39 S. 104) einzugehen, daß physische Zerstörung der Testamentsurkunde, auch wenn sie ohne Absicht des Testators oder ohne seinen Willen von einem dritten herbeigeführt worden, die testamentarische Succession iure civili vernichte und nur iure praetorio aufrecht erhalten werde. Dieser Gedanke konnte nur unter Verleugnung der Fundamentalsätze des römischen Civilprocesses aufgestellt werden; alles, was Mühlenbruch aus seiner Ansicht für die Beweislast herleitet, muß deshalb einer Revision unterworfen werden.

denken, die man bisher gegen eine Erweiterung des Aufhebungsmodus gehegt hat, zu beseitigen. Es ist in der That nicht abzusehen, warum gerade nur der an der Testamentsurkunde manifestirte Wille Bedeutung haben soll, warum dem Erblasser, der diese nicht zur Hand oder überhaupt nicht die Form des schriftlichen Testaments gewählt hat, eine Zurücknahme seines Willens gestattet sein soll, vorausgesetzt nur, daß diese in unzweideutiger Weise ausgesprochen wird. Sehen wir uns die Quellen darauf an, so hebt zunächst Gajus den obigen Fall nur deshalb heraus, weil bei diesem die Frage nach der factischen Möglichkeit, die Testamentsbestimmungen aufrecht zu erhalten, hinzukommt. Die Stellen aber, die es mit der *bonorum possessio secundum tabulas* zu thun haben, sind wegen der formellen Erfordernisse derselben auf die Frage nach der Wirkung eines formell vernichteten Testaments geführt. Schon l. 12 de his quae ut ind. aufer. stellt die Errichtung eines zweiten ungültigen Testaments der Ausstreichung der Namen vollständig gleich und begründet die Entscheidung mit dem ganz allgemeinen Satze, die *instituti* hätten den Willen des Testators gegen sich. Ebenso wird auch in l. 15 § 1 de test. mil. das *cancellare testamentum* rein als ein Beispiel des *nuda voluntate hereditatem adimere* angeführt. Eine directe Antwort auf unsere Frage enthalten die beiden an die Spitze der Untersuchung gestellten Aussprüche Ulpians in l. 1 § 8 Si tabulae und l. 4 § 10 de doli exc. Jene sagt ausdrücklich, der *institutus*, der den Willen des Erblassers gegen sich habe, mag dieser durch Zerstörung der Urkunde, Ausstreichen oder auf andere Weise (*vel alia ratione*) bekundet sein, solle durch die Intestaterben ausgeschlossen werden, und denselben allgemeinen Grundsatz wiederholt Ulpian in der

zweiten Stelle sowohl für alle testamentarisch Bedachten als noch insbesondere für den Erben¹⁾).

Gegen Ulpian's unumwundene Erklärung wird man sich darauf berufen, daß ja anderweitig geradezu gesagt ist, durch formlosen Widerruf könnten Erbeseinsetzungen nicht aufgehoben werden. Dieser Satz wird mehrmals ganz allgemein hingestellt, gerade so wie der andere, daß Legate nur durch Testament oder bestätigten Codicill aufgehoben werden, bezieht sich dann aber nur auf das *ius civile*²⁾. Diese Stellen beweisen also nichts; nur zwei bleiben übrig, in denen jedwede Wirksamkeit des Widerrufs ausgeschlossen wird. Die eine ist l. 22 de adimendis vel transferendis legatis (34, 4):

Papinianus libro sexto responsorum. Ex parte heres institutus etiam legatum acceperat. Eum testator inimicitis gravissimis persecutus, cum testamentum aliud facere instituisset neque perficere potuisset, praeteriit: hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali submovebitur.

Die zweite Stelle ist l. 36 § 3 de testamento militis (29, 1), aus demselben Buche Papinian's:

Veteranus moriens testamentum iure communi tempore militiae factum irritum esse voluit et intestatus esse maluit³⁾. Heredum institutiones ac substitutiones in eodem statu man-

¹⁾ et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli mali repellitur.

²⁾ L. 13 § 1 de lib. et post. (28, 2), l. 1 § 4 de his quae in test. del. (28, 4), l. 17 § 2 de test. mil. (29, 1); über Ungültigkeit der Aufhebung durch Codicill vergl. § 2 J. de codic. (2, 25), l. 76 ad SC. Treb. (36, 1).

³⁾ Der Gegensatz, an den Papinian denkt, ist der Widerruf eines testamentum militare innerhalb Jahresfrist nach der missio, l. 34 § 1 eod.

sisse placuit, legata vero petentes exceptione doli mali secundum ius commune summoverti¹⁾, cuius exceptionis vires ex persona petentis aestimantur; et alioquin potior est in re pari causa possessoris²⁾.

Dafs der in diesen Stellen ausgesprochene Satz im Widerspruch steht mit dem Schutz des in jeder beliebigen Form erklärten Widerrufs einer Erbeinsetzung, läfst sich nicht verkennen. Trotzdem würden diese Stellen allein nicht als Widerlegung gelten können; sie sind beide von Papinian, und dieser nimmt ja, wie wir gesehen, zu der vorliegenden Frage einen anderen Standpunct ein, er erkennt den Eintritt der Intestaterbfolge nicht an. Zu ihnen gesellt sich aber als Zeugnifs aus der Zeit von Ulpian und Paulus folgendes Rescript von Alexander Severus (l. 4 C. de his quibus ut indignis 6, 35):

Idem A. Philomuso. Hereditas in testamento data per

¹⁾ Das ius commune ist der Satz, dafs Legate im Gegensatz zu Fideicommissen ipso iure durch formlose Willenserklärung nicht vernichtet werden, sondern nur durch Testament oder confirmirtes Codicill Ulp. 22, 29; l. 2 § 11, l. 15 de adimendis. Es bedarf kaum eines Hinweises darauf, dafs diese formale Vorschrift für Legate auch als Beweis gegen die civile Wirkung des Ausstreichens im Testament spricht (in l. 16 de adimend. geht das indicatur selbstverständlich auf die Zeit vor der consummatio testamenti).

²⁾ Der Schlufssatz geht darauf, dafs, da beide Theile, Erbe und Legatar, den Willen des Erblassers gegen sich hätten, nach allgemeinen Grundsätzen der Besitzer geschützt werden müsse; das wäre aber kein Gegensatz zu der vorhergehenden Entscheidung, wie man nach dem alioquin erwarten sollte; der Erbe wird ja eben als Besitzer geschützt. Darum ist die schon in den Vulgathandschriften vorgeschlagene Streichung des et unzulänglich; man erwartet im Gegentheil etwa nam et alioquin.

epistulam vel codicillos adimi non potuit. Quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus declaraverat, merito eius portio, non iure ad alium translata, fisco vindicata est. Pp. II k. Dec. Maximo II et Aeliano cons. (223).

Auch hier soll nicht wie in l. 2 de his quae in test. del. die Erbeinsetzung durch den Widerruf entkräftet werden; nur darin unterscheidet sich das Rescript von den Pandectenstellen, daß es wie in l. 12. l. 16 § 2 D. de his quae ut indignis Ereption durch den Fiskus eintreten läßt.

In einen weiteren Conflict bringt uns die Anerkennung des formlosen Widerrufs mit den Sätzen, welche für die Ruption eines früheren Testaments durch das sogenannte posterius imperfectum gelten. Versteht man unter letzterem eine unvollendete, noch nicht in sich abgeschlossene Willenserklärung des Erblassers, so kann es nicht auffallen, daß dieser jede Wirkung abgesprochen wird. Wenn der Testator während der Testamentserrichtung stirbt, so läßt sich nie sagen, ob die bereits niedergeschriebenen oder ausgesprochenen Bestimmungen seinen letzten Willen enthalten, ob er nicht zum Schluß noch Einschränkungen und Abänderungen treffen wollte, die jenen eine ganz andere Bedeutung geben würden¹⁾. Um so mehr muß dies von einem Testamentsentwurf gelten, den der Testator erst nachträglich solennisieren wollte, dem er also selbst bis dahin gar keine Wirksamkeit beilegte²⁾. Abgesehen davon soll aber auch ein wirklich vollendetes, doch

¹⁾ Vergl. insbesondere § 7 J. quibus modis test. infirm. (2, 17). In l. 22 de adimendis wird auf den Willen des Erblassers nicht so sehr aus der Absicht ein neues Testament zu machen, als aus der Feindseligkeit gegen den institutus geschlossen.

²⁾ Vergl. l. 29 pr. D. qui testamenta fac. p. (28, 1).

formell ungültiges Testament nur dann im Stande sein das frühere zu entkräften, wenn es besondere Bedingungen erfüllt, die für die Willensäußerung als solche gleichgültig sind.

Man könnte zunächst die Frage aufwerfen, ob denn an sich in der Errichtung eines neuen Testaments ein Widerruf des früheren liege. Dafs dieser Gedanke wohl hauptsächlich zu der Aufstellung des Satzes, jedes neue Testament vernichte das vorausgehende, geführt hat, ist anzuerkennen; aber er war nur ein Motiv desselben, die Verwirklichung ging über den Gedanken hinaus und traf auch die Fälle, in denen die Absicht des Erblassers eine durchaus andere war. Um deswegen erkennen die Römer diesen Satz auch nicht bei dem Testamente an, in welchem lediglich der Wille entscheiden soll, nämlich beim *testamentum militis*¹⁾. Daraus möchte man den Schluss ziehen, die Vorschriften über das *testamentum ruptum* gingen über den Kreis des Widerrufs hinaus und liefsen dessen Wirkung, wo er wirklich mit der Errichtung eines neuen Testaments verbunden sei, unberührt. Dennoch können wir nicht auf diesem Wege den Zeugnissen über das *testamentum posterius imperfectum* die Beweiskraft absprechen, denn es ist gewifs nur eine seltene Ausnahme, dafs der Testator nicht Aufhebung des früheren Testaments beabsichtigt hat, ohne sie ausdrücklich auszusprechen, und die Stellen über den vorliegenden Fall gehen augenscheinlich von dem letzteren Fall aus und lassen erkennen, dafs ein einfacher Widerruf an sich nicht der Geltung des früheren Testaments entgegensteht.

Aus der klassischen Zeit haben wir nur ein Zeugnis

¹⁾ L. 19 pr., l. 36 § 1 de test. mil. (29, 1).

über die Folgen des *testamentum posterius imperfectum* in l. 2 de iniusto (26, 3):

Ulpianus libro secundo ad Sabinum. Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel iure militari sit factum vel in eo scriptus est qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur.

Durch ein *testamentum imperfectum* soll also ein früheres nur dann entkräftet werden, wenn in jenem die Intestaterben eingesetzt sind. Es kann als festgestellt gelten, daß in dieser Stelle mit dem *testamentum imperfectum* ein solches gemeint ist, welchem durch *bonorum possessio* trotz ermangelnder Nuncupation und Mancipation Schutz verliehen wird¹⁾; der Ausdruck 'superius rumpitur' am Schluß geht also hier auf eine Entkräftung iure praetoris, nämlich dadurch, daß im vorliegenden Falle die *bonorum possessio* auch dem civilen Erben gegenüber geschützt wird, also eine *bonorum possessio cum re* sein soll. Doch nur den zur Intestaterbfolge berufenen soll sie *cum re* sein; den extranei nützt der in der Errichtung des zweiten Testaments liegende Widerruf nichts, sie haben keine *exceptio doli* gegen den heres. Hier ist es also Ulpian selbst, der seine Theorie von der Entkräftung des Testaments durch formlosen Widerruf bei Seite setzt.

Aus diesen anscheinenden Widersprüchen werden wir herauskommen, wenn wir uns die Entwicklung der *bonorum possessio secundum tabulas* und die Stellung derselben zur civilen Erbfolge aus einem Testamente vergegenwärtigen.

¹⁾ In § 7 J. quibus mod. test. inf. (2, 17) wird derselbe Ausdruck auf ein nicht fertig gewordenes Testament bezogen; diese Stelle scheint aus Marcians Institutionen genommen.

Die älteste Gestalt des Edicts ist uns durch Cicero in Verrem 2, 1, 45 § 117 überliefert in den Worten:

Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti ob-signatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem¹⁾ dabo. Si tabulae testamenti non proferentur, tum uti quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestatus mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo²⁾.

Hierin ist ausgesprochen, daß die bonorum possessio secundum tabulas nur ertheilt wird auf Grund eines dem Prätor vorgewiesenen schriftlichen und mit der nöthigen Anzahl von Siegeln versehenen Testaments, also weder auf Grund eines mündlichen Testaments noch eines schriftlichen, welches entweder gar nicht oder doch nicht mit vollständigen Siegeln mehr vorgewiesen werden konnte.

Die spätere Entwicklung findet schon einen Anklang in der Neuerung des Verres. Es liegt auf der Hand, daß er nicht, wie Cicero ihm unterschiebt, den Satz aufgestellt hat, wenn kein Testament vorgezeigt werde, so solle derjenige die bonorum possessio erhalten, der behaupte, er sei Erbe, daß er vielmehr edicirte, er würde die bonorum possessio secundum tabulas eventuell auch demjenigen ertheilen, der das Testament, in welchem er angeblich eingesetzt sei, nicht mehr vorzeigen könne³⁾. Ob Verres in dem fraglichen Falle sich

¹⁾ Hereditatem statt possessionem in einigen Handschriften ist augenscheinlich als Glosse in den Text gekommen.

²⁾ Cic. l. c. 44 § 114. Leist Erbrechtsbesitz 14 S. 55 f.

³⁾ Vergl. in Verrem 2, 3, 7 § 16: Scio te edicta superiorum omnium correxisse et possessiones hereditatum non secundum eos qui proferrent, sed secundum eos, qui dicerent testamentum factum, dedisse.

eine Ungerechtigkeit hat zu Schulden kommen lassen, ist aus Cicero's Darstellung weniger klar, als daß Cicero selbst die Sache in ungeschickter Weise und ohne juristisches Verständniss für die Hauptfrage aufgefaßt hat. Nach dem Edicte des Verres hätte der bonorum possessor, wenn er klagte, immer noch beweisen müssen, daß er in einem Testament, wie es das Edict verlangte, eingesetzt sei, und damit wäre der gens Minucia kein großes Unrecht angethan. Läge mehr vor, so würde Cicero gewiß ein großes Geschrei erhoben haben; so klagt er nur darüber, daß im sicilischen Edict diese neue Clausel wieder weggelassen worden¹⁾. Das Gebiet der bonorum possessio secundum tabulas war also noch zu Cicero's Zeit ein weit begrenzteres, als das der civilen Erbfolge aus einem Testament.

Der Hauptanstoß zu einer Annäherung beider lag in der Abwälzung der causae cognitio seitens des Praetor. Seit die bonorum possessio de plano ertheilt wurde und sich damit zu einer bloßen Agnition durch den Prätendenten umgestaltete, wurde es unbedenklich die erst dem iudex zu erweisenden Bedingungen der bonorum possessio secundum tabulas weiter zu stecken. Das führte nach der einen Seite zu dem Zusatz, daß testamenti factio des Erblassers zur Zeit der Testamenterrichtung und des Todes nachzuweisen sei²⁾. Andererseits wurde auch das nuncupative Testament zur Be-

¹⁾ In der oben wiedergegebenen Weise hat Keller das Verrinische Edict in seinen Vorlesungen über die Verrinen aufgefaßt. Auch Leist hat in dem mir während des Drucks zugegangenen Werke (der römische Erbrechtsbesitz 15. 16 S. 56 ff.) die in der vorhergehenden Note citirte Stelle zur Erklärung benutzt; er weicht nur darin ab, daß er Cicero's Darstellung für correct hält.

²⁾ L. 1 § 8. 9 de b. p. s. t. (37, 11).

gründung der bonorum possessio secundum tabulas zugelassen und beim schriftlichen nur verlangt, daß es noch nach dem Tode existirt habe¹⁾. Mit der letzteren Erweiterung blieb der Kreis der bonorum possessio secundum tabulas immer noch enger gezogen, als der der civilen Testamentserbfolge. Zum Ausschluß der bonorum possessio secundum tabulas genügte Untergang des Testaments vor dem Tode mit und ohne Wissen des Erblassers, absichtliche und unabsichtliche Beseitigung der Siegel²⁾, selbst zufällige Ausstreichung der Einsetzung, falls sie dadurch unlesbar geworden³⁾; alles dies thut, wie wir gesehen haben, der civilen Gültigkeit der Erbeinsetzung keinen Eintrag⁴⁾. Die Frage, ob der absichtlichen Zerstörung der Erbeinsetzungen seitens des Testators eine besondere Wirkung beigelegt werden solle, konnte erst dann aufgeworfen werden, wenn die instituti mit der hereditatis petitio gegen den bonorum possessor auftraten oder dem interdictum Quorum bonorum als civile Erben die exceptio doli entgegenstellten⁵⁾. Jene sollte nach den oben besprochenen Stellen durch die exceptio doli entkräftet werden, und zwar hier letztere als s. g. exceptio doli specialis gedacht; die exceptio doli generalis gegen das Interdict hingegen griff nicht Platz zu Gun-

¹⁾ L. 1 § 3. 5. 7 eod. Leist Erbrechtsbesitz 87 S. 438.

²⁾ Vergl. l. 7 eod.

³⁾ L. 1 si tab. test. ext. (37, 2).

⁴⁾ L. 1 § 8 si tab. test. nullae ext. und insbes. l. 1 § 3 de his quae in test. del.

⁵⁾ Daß der civile Erbe ursprünglich nur auf dem ersteren Wege sich gegen den bonorum possessor behaupten konnte, läßt sich schon daraus schließen, daß der Satz: 'dolo facit, qui petit quod redditurus est' (l. 8 pr. de doli exc. 44, 4; l. 173 § 3 de r. i.) gewiß jünger ist als das interdictum Quorum bonorum.

sten dessen, der den Willen des Testators gegen sich hatte, es bedarf eben keiner replicatio doli gegen die exceptio doli¹⁾). Darauf geht der Satz der l. 19 § 1 de r. i. (50, 17): Non solet exceptio doli nocere his, quibus voluntas testatoris non refragatur.

Hier ist der Punct, an den sich die fragliche Neuerung anknüpfen müßte, daß der Prätor einem in beliebiger Form widerrufenen Testament die Anerkennung versagt.

Zunächst fragt es sich, ob dem institutus die bonorum possessio secundum tabulas verweigert wurde. Dies verneint l. 1 § 10 de b. p. s. t., denn hier wird die Ausschließung der bonorum possessio secundum tabulas nicht auf den Widerwillen des Erblassers allein gestützt, sondern darauf, daß, wenn dieser sich in der Zerschneidung des linum geäußert hat, das Testament nicht mehr als signatum gelten könne, daß es an den Formalrequisiten für die bonorum possessio secundum tabulas gebricht²⁾).

¹⁾ Wie die eine Function der exceptio doli die andere entkräftet, ist recht klar ausgesprochen in den Schlußworten der l. 11 § 2 de b. p. s. t. (S. 25): 'non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis: quae in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponit aestimatur'. An aestimatur darf nicht gerüttelt werden; Papinian sagt: wenngleich die exceptio sich zunächst gegen den Kläger richtet, weil er den civilen Erben belangt, so solle doch im vorliegenden Fall entscheidend sein, daß letzterer dolos handle, indem er sich gegen den Willen des Erblassers in der Erbschaft behaupten wolle. Man vergleiche nur den Ausdruck in l. 36 § 3 de test. mil. (S. 17): 'cuius exceptionis vires ex persona petentis aestimantur'.

²⁾ Nach der anderen Seite hin könnte man in dieser Stelle eine Erweiterung der b. p. s. t. finden. Man sollte bei dem Fall, daß das linum ohne Willen des Erblassers zerschnitten worden, zunächst an eine Zer-

Also eine bonorum possessio secundum tabulas würde aus einem in anderer Weise widerrufenen Testamente immerhin zustehen; und das brauchen wir nicht bloß aus der vorliegenden Stelle zu schliessen, wir haben dafür ein directes Zeugniß in l. 11 § 2 de b. p. s. t.:

Papinianus l. XIII quaestionum. Testamento facto Titius adrogandum se praebuit ac postea sui iuris effectus vita decessit. Scriptus heres si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se (in *ins. Flor.*) adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse intellegitur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testamentum: non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis: quae in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponit aestimatur.

Hier wird aus einem durch Adrogation des Erblassers entkräfteten Testament die bonorum possessio secundum tabulas gegeben, obgleich in der Adrogation eine stillschweigende Zurücknahme desselben liegt, und es bedarf erst der exceptio doli seitens des heres, im vorliegenden Falle des Intestaterben, um die bonorum possessio zu entkräften¹⁾.

schneidung bei seinen Lebzeiten denken; dann wäre also doch b. p. s. t. möglich, obgleich das Testament zur Todeszeit nicht unverletzt gewesen. Der Widerspruch mit § 3 ib. macht aber diese Auffassung unmöglich.

¹⁾ Gerade diese Stelle widerlegt die von Leist Bonorum possessio

Ist mithin eine *bonorum possessio secundum tabulas* aus einem widerrufenen Testament zulässig, so ergiebt sich eine Beschränkung der l. 1 § 8 *Si tab. test. nullae ext.* von selbst. Hier haben die Intestaterben die *bonorum possessio*, es kann also nur ein solches *iure civili* gültiges Testament vorausgesetzt sein, welches zur *bonorum possessio secundum tabulas* nicht ausreicht; eine *bonorum possessio secundum tabulas* ist neben der *bonorum possessio ab intestato* unmöglich. Darin liegt aber nicht, daß nur derjenige Widerruf das Testament entkräftet, welcher mit einer Zerstörung der formellen Erfordernisse für die *bonorum possessio secundum tabulas* verbunden ist; für die Ausschließung dieser kommt es auf den Widerruf nicht an, sie ist an rein formelle Bedingungen geknüpft, deren Eintritt unabhängig von jeder Mitwirkung des Testators, selbst gegen seinen Willen herbeigeführt sein kann. Sobald dieser Fall vorliegt, zeigt sich die Wirkung des Widerrufs in der auf ihn gestützten *exceptio doli*, die der *hereditatis petitio* des institutus entgegengestellt wird, und für diese ist es vollkommen gleichgültig, in welcher Form er sich geäußert hat.

Außerdem giebt Ulpian in l. 1 § 8 nur den Intestaterben das Recht den Widerruf geltend zu machen; concurrirt hin-

II, 1 S. 271 ff. und anderen vertretene Meinung, daß die *bonorum possessio* aus dem *testamentum irritum* (Gai. 2, 147) lediglich auf den Fall der *capitis deminutio minima* zu beziehen sei. Wie hätte der Prätor gerade den Fall herausgreifen sollen, in welchem es sich nicht bloß um Aufrechterhaltung civiler Regeln, sondern auch um Anerkennung einer Willensänderung des Testators handelte? Die *maxima capitis deminutio* konnte allerdings nicht in Frage kommen, wohl aber die *media*, nämlich der Fall, wenn jemand Latine wurde.

gegen ein *bonorum possessor ex testamento*, so soll dieser nach l. 2 de iniusto nur dann obsiegen, wenn er zugleich Intestaterbe wäre. Ein Widerspruch zwischen diesen beiden Stellen liegt also nicht vor, sie behandeln ausdrücklich ganz verschiedene Fälle. Wäre das frühere Testament auch noch zerschnitten, so würde doch die Entscheidung dieselbe sein, nur dem Intestaterben kommt der Widerruf zu gut.

In den besprochenen Fällen ist der *institutus* des widerrufenen Testaments der *heres*; daneben sind noch zwei Möglichkeiten gegeben, entweder der *institutus* ist *heres ex testamento* und *bonorum possessor* zugleich oder er ist nur *bonorum possessor*. Im ersteren Fall kann der formlose Widerruf keine Wirkung haben, denn es fehlt an der Person desjenigen, der ihn geltend machen könnte. Der Intestaterbe, der weder *iure civili*, noch nach dem Edict gerufen wird, hat die *exceptio doli* ebenso wenig wie irgend ein beliebiger dritter. Dasselbe gilt von dem Substituten; er kann nur dadurch zur Erbfolge kommen, daß der Widerruf in einer Weise erfolgt ist, die die *bonorum possessio* des *institutus* ausschließt¹⁾.

Im anderen Fall kann dem *bonorum possessor* entweder ein *heres ex priore testamento* oder ein *heres ab intestato* gegenüberstehen. Gegen den Intestaterben hat der *bonorum possessor* nach dem Rescript von Marc Aurel (Gai. 2, 149) die *exceptio doli*; gegen den *heres ex priore testamento* nach l. 2 de iniusto nur dann, wenn er selbst der Intestaterbe wäre; sie muß aber in beiden Fällen ganz wie die *exceptio doli* seitens des *heres* in l. 11 § 2 de b. p. s. t. in sich zerfallen, wenn dem *bonorum possessor* der Wille des Erblassers

¹⁾ L. 2 de his quae in test. del.

entgegensteht, also eine *replicatio doli* gemäß l. 4 § 10 de *doli exc.* begründet wäre.

Keiner der aufgezählten Fälle liegt in den oben angeführten Stellen über die *Ademption* einer Erbeinsetzung vor. Hier ist stets der *institutus* sowohl *heres* als *bonorum possessor*, die *Intestaterben* werden auch durch das *Edict* nicht gerufen, denn das *Testament* ist unverletzt¹⁾.

Mit diesem Ergebniss ist uns die Beschränkung des allgemeinen Satzes in l. 4 § 10 de *doli exc.* gegeben. Der einzige Fall, in welchem der formlose *Widerruf* keine *exceptio doli* begründet, ist der der l. 2 de *iniusto*, wenn der *bono-*

¹⁾ Auch der anscheinende Widerspruch zwischen den Entscheidungen *Papinians* in l. 22 de *adim.* und l. 36 § 3 de *test. mil.*, wonach der *institutus* unbelästigt bleibt, und dem *Rescript Alexanders*, wonach *Ereption* eintreten soll, findet seine Lösung, wenn man bedenkt, daß die *Ereption* eine ausdrückliche *Indignitätserklärung* seitens des Erblassers voraussetzt. Diese liegt nicht in dem Willen ohne *Testament* zu sterben (l. 36 § 3) oder ein anderes *Testament* machen zu wollen (l. 22). Schwieriger ist es, die anderen beiden Entscheidungen *Papinians* in l. 12 und l. 16 § 2 de *his quae ut ind.* hiermit in Einklang zu bringen. Das Durchstreichen der Erbeinsetzung könnte man noch allenfalls als eine gegen diesen Erben ausgesprochene *Indignitätserklärung* auffassen; legt man aber diese schon in die Errichtung eines neuen *Testaments*, so muß man consequent überall die *Ereption* gelten lassen, wo der *institutus* nicht den Willen des Erblassers für sich hat. Daher mag es wohl kommen, daß *Marcellus* diesen Fall vom Gesichtspunct des *caducum* auffaßt. Begreiflich ist ein Schwanken in den Ansichten desselben Juristen bei einem Institute, in welchem man sich stets die Frage vorhalten muß, wer am wenigsten den Willen des Erblassers gegen sich hat, der *institutus* oder der *Fiscus*. Ueber anderweitiges Schwanken zwischen *Indignität* und *Caducität* vergl. *Keller*, *Institutionen* S. 418.

rum possessor aus einem testamentum imperfectum einem heres ex priore testamento gegenübersteht und er nicht selbst der nächstberechtigte zur Intestaterbfolge ist. Dafs Ulpian diesen singulären Fall aufer Acht gelassen, darf wohl nicht befremden. Eine innere Berechtigung hat diese Ausnahme ohnehin nicht, sie ist allein dadurch hervorgerufen, dafs man dabei stehen blieb den bonorum possessor nur gegen den Intestaterben zu schützen.

Der Wirkungskreis des formlosen Widerrufs erlitt eine Einschränkung, als durch die Nov. Theod. 16 (= Cod. Just. 6, 23, 21) der Unterschied zwischen civilem und prätorischem Testament beseitigt wurde; ein heres ex priore testamento kann dem institutus des widerrufenen Testaments nicht mehr entgegenstehen. Es bleiben also noch folgende Fälle:

1. bonorum possessio ab intestato nach l. 1 § 8 Si tab. test. nullae ext.;
2. Schutz des heres ab intestato gegen den bonorum possessor ex testamento rupto sowohl für den Fall, wenn der postumus agnatus vor dem Tode des Testators wieder weggefallen ist (l. 12 pr. de iniusto), als für den, wenn der Testator das spätere Testament zerstört hat (l. 11 § 2 de b. p. s. t.)¹⁾;
3. Schutz des heres ab intestato gegen den bonorum possessor ex testamento irritum nach l. 11 § 2 de b. p. s. t.

Obige Novelle erweitert nach einer anderen Seite hin die Wirkung des Widerrufs, knüpft denselben aber freilich

¹⁾ Also ich setze in beiden Fällen voraus, dafs der Testator nachträglich das durch bonorum possessio aufrecht erhaltene Testament widerrufen hat.

an eine bestimmte Form und weitere Bedingungen. Nämlich in § 7 wird verordnet:

Si quis autem testamento iure perfecto postea ad aliud pervenerit testamentum, non alias quod ante factum est infirmari decernimus, quam id, quod secundum facere testator instituit, iure fuerit consummatum, nisi forte in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem successionemve¹⁾ venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur; eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento secundam eius voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere censemus²⁾. In qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficient; quo non facto valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei.

Nach dieser Novelle soll also die Errichtung eines neuen Testaments, das als solches wegen unzureichender Form gar keine Wirkung hat, doch genügen ein früheres gültiges Testament zu entkräften, wenn in letzterem extranei, im ersteren die Intestaterben eingesetzt und zu demselben fünf Zeugen zugezogen werden. Unter diesen Voraussetzungen soll dann Intestaterbfolge, und zwar auch iure civili eintreten³⁾. Die

¹⁾ ve fehlt in den Handschriften der Novelle und des Codex.

²⁾ sancimus *Cod. Iust.*

³⁾ Mit Mühlenbruch 38 S. 379 an eine testamentarische Succession zu denken gegenüber den Worten 'secundam eius voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere censemus' hiesse den Wortsinn der Constitution auf den Kopf stellen. Dagegen ist es auch nicht gerechtfertigt mit Fein 45 S. 249 (vergl. Windscheid, Pandecten § 565, 6) in die Worte 'quasi voluntatem intestati valere' den

Novelle schafft also nur einen neuen Fall des *ruptum testamentum*, die Wirkung des formlosen Widerrufs *iure praetorio* in den obigen Fällen wird dadurch nicht berührt.

Weiter geht eine Constitution Justinians, die sich zwar zunächst an den durch Honorius eingeführten Satz anlehnt, ein Testament solle mit dem Ablauf von zehn Jahren seine Kraft verlieren¹⁾, damit aber eine eigenthümliche Bestimmung über den Widerruf verbindet. Es ist dies l. 27 C. de testamentis (6, 23):

Idem A. Iuliano p. p. Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum et post eius confectionem decennium profluxit, si quidem nulla innovatio vel contraria voluntas testatoris apparuit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? quemadmodum enim, qui testamentum fecit et nihil voluit contrarium, intestatus efficitur? Sin autem in medio tempore contraria voluntas ostenditur, si quidem perfectissima est secundi testamenti perfectio, ipso iure prius tollitur testamentum. Sin autem testator tantummodo dixerit non voluisse prius stare testamentum vel aliis

Sinn zu legen, das zweite Testament solle als Intestatcodicill gelten. Sie sagen nichts weiter, als daß das Testament so wirken solle, als habe der Testator als intestatus sterben wollen.

¹⁾ L. 6 C. Ph. de testamentis (4, 4). Dieser Constitution scheint eine andere mit längerem Zeitraum vorausgegangen zu sein; darauf deuten die Worte: *vix enim fieri potest, ut per haec tempora, quae fidei amore contraximus, omnem testium conscientiam mors coniurata subripiat*; *fidei amore contrahere* heißt den Zeitraum abkürzen, um desto größere Sicherheit für die *fides testamenti* (nämlich daß es der letzte Wille geblieben sei) zu gewinnen. Auch spricht Justinian von mehreren älteren Constitutionen, die durch sein Gesetz (l. 27) beseitigt würden.

verbis utendo contrariam aperuit voluntatem et hoc vel per testes idoneos non minus tribus vel inter acta manifestaverit et decennium fiat emensum, tunc irritum esse testamentum tam ex contraria voluntate quam ex cursu temporali. Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo, prioribus constitutionibus, quae super huiusmodi testamētis vacuandis latae fuerant, penitus antiquandis. Dat. XV k. April. Constantinop. Lampadio et Oreste vv. cc. cons.

Allgemeiner Annahme nach soll neben dieser Constitution die Wirkung eines formlosen Widerrufs nicht bestehen können, ja sie ist die Hauptstütze dafür gewesen, den Aeufserungen Ulpian's über denselben einen mit ihrem Wortlaut unverträglichen Sinn unterzuschieben. Dafs dieser Versuch aufgegeben werden mufs, ist zur genüge festgestellt, es fragt sich nur, ob etwa Justinian die bis dahin geltende Wirkung des Widerrufs hat einschränken wollen. Wer dies bejaht, wird sich nicht verhehlen können, dafs der Kaiser damit in der wunderlichsten Weise vorgegangen wäre. Seine ausgesprochene Absicht ist die Entkräftung des Testaments nicht lediglich aus dem Ablauf von zehn Jahren folgen zu lassen; am Schluss der Stelle kommt er noch einmal darauf als auf den einzigen Zweck des Gesetzes zurück, nirgends wird auch nur im geringsten angedeutet, dafs durch seine Neuerung eine ganz andere Materie von Grund aus umgestaltet werden soll.

Worauf gründet sich aber der angebliche Widerspruch dieser Constitution mit dem früheren Recht? Augenscheinlich nur auf der Verwechslung zwischen prätorischer und civiler Entkräftung des Testaments und darauf, dafs man sich den Wirkungskreis der *exceptio doli* nach l. 4 § 10 de doli exc.

viel weiter dachte, als er seiner Natur nach sein konnte. Justinians Gesetz will ganz wie das vorausgehende von Honorius eine iure civili eintretende Entkräftung herbeiführen, und diese greift weiter als die Wirkung der *exceptio doli*; sie läßt da Intestaterbfolge eintreten, wo der formlose Widerruf bisher gar keine Wirkung hatte, weil niemand da war, der die *exceptio doli* hätte geltend machen können, dann nämlich, wenn der institutus sowohl heres als bonorum possessor war. Wie kann sie also eine Aufhebung der *exceptio doli* beabsichtigen, ohne dies ausdrücklich auszusprechen? weshalb wären alle die obigen Stellen, welche die Wirkung des formlosen Widerrufs anerkennen, in die Digesten aufgenommen? Der angebliche Widerspruch des letzteren mit der l. 27 hat auch immer zur Voraussetzung, daß Zerstörung der Testamentsurkunde iure civili wirke. Wie wir gesehen haben, steht der darin sich aussprechende Widerruf an sich auf gleicher Linie mit jedem anderen formlos erklärten¹⁾, er müßte also gleichfalls durch l. 27 beseitigt sein, und doch erkennt ihn Justinian in der ein Jahr jüngeren Constitution l. 30 C. eod. an²⁾.

¹⁾ Die Ausschließung der b. p. s. t. entscheidet ja nicht darüber, ob die b. p. ab intestato cum re sei.

²⁾ Diese Constitution will eine ältere Controverse über den Fall entscheiden, wenn von einem vollgültigen Testament das linum durchschnitten oder die Siegel abgerissen waren. Die Entscheidung ist ganz wie in den Pandectenstellen danach gegeben, ob diese Handlung mit oder ohne Willen des Testators vorgenommen; worauf aber die Controverse ging, ist aus unseren Quellen nicht zu entnehmen. Justinians Ausdrücke lauten zwar so, als handle es sich um Gültigkeit oder Ungültigkeit iure civili (*scriptos ad hereditatem vocari — testamentum non valere*); aber die besprochenen Stellen aus den Digesten zeigen ja, daß in dieser Beziehung kein Streit sein konnte, sie gehen alle nur

Es bleibt noch zu untersuchen, inwiefern die veränderte Bedeutung der *bonorum possessio* auf die Geltung des Widerrufs eingewirkt hat.

Der Gegensatz der *bonorum possessio* zur civilen Erbfolge hatte schon vor Justinian die ursprüngliche Bedeutung zweier sich selbständig gegenüberstehender Erbrechtssysteme verloren. Mit der Beseitigung der *bonorum possessio sine re* ist die *bonorum possessio* zu einer definitiven Erbschaftsdelation geworden, ihre Delationsgründe bilden zusammen mit denen des *ius civile* ein einheitliches Erbfolgesystem. Jetzt können sich also im einzelnen Fall *heres* und *bonorum possessor* nicht mehr gegenüberstehen, nur einer von beiden ist möglich.

Hält man damit zusammen, daß der formlose Widerruf sich gerade nur in denjenigen Fällen Geltung verschaffte, in denen neben dem *heres* ein anderer als *bonorum possessor* zur Erbfolge berufen wurde, so könnte man zu zwei entgegengesetzten Ansichten über die jetzige Bedeutung des Widerrufs kommen. Man könnte sagen, der *exceptio doli* sei jetzt jeder Wirkungskreis abgeschnitten, es sei niemand vorhanden, der sie geltend zu machen vermöge. Man könnte aber auch so schließen: die Schranken, welche früher der Wirkung der *exceptio doli* entgegenstanden, sind mit der Ausgleichung beider Systeme gefallen, der Widerruf wirke nicht mehr per *exceptionem*, sondern vernichte jetzt überall die Delation an den Testamentserben.

Beide Ansichten müssen verworfen werden. Die letztere, auf Entkräftung *iure praetorio*. Die gedachten Ausdrücke erklären sich ganz naturgemäß daraus, daß der principielle Gegensatz zwischen *civilem* und *prätorischem* Erbrecht längst beseitigt war.

die ja sachlich mit der früher vertheidigten übereintrifft¹⁾), legt dem Satze der l. 4 § 10 de doli exc. eine Bedeutung bei, die weder im Sinne Ulpians lag, noch den Absichten der justinianischen Gesetzgebung entsprechen kann, sie würde die Vorschriften der l. 27 C. de test. vollständig außer Kraft setzen. Die andere aber würde nicht nur voraussetzen, daß die Aufnahme aller der Stellen, aus denen wir die Wirkung des formlosen Widerrufs kennen gelernt haben, in die Digesten auf Versehen beruht, sie würde auch verkennen, daß wie alle übrigen Fälle, in denen das prätorische Erbrecht das civile entkräftet, so auch die hier in Frage kommenden in das neue Erbfolgesystem übergehen mußten, nur jetzt in der Bedeutung, daß der Widerruf die Delation vernichtet. Wir können genau dieselbe Entwicklung auf anderen Gebieten verfolgen, wo Grundsätze aus dem klassischen Recht ohne weitere Fortbildung auf die spätere Zeit übergegangen sind, denen zwar ein materiellrechtlicher Gedanke zu Grunde lag, der aber erst vermöge des Gegensatzes zwischen civilem und prätorischem Recht zur Entwicklung kommen konnte. Ich erinnere nur an die Möglichkeit einen Vertrag, der durch ein pactum de non petendo aufgehoben worden, durch ein zweites pactum de petendo wieder ins Leben zu rufen²⁾).

Wir haben damit das Resultat gewonnen, daß auch heutzutage noch der formlose Widerruf in den drei oben S. 29 aufgeführten Fällen den eingesetzten Erben von der Erbschaft ausschließt. Bedenklich sind nur die Fälle der l. 1 § 8 Si. tab. test. nullae ext. und des ruptum testamentum in l. 11

¹⁾ Connanus, Comment. iur. civ. lib. 9 c. 7 n. 4; I. G. Marckart, Interpret. recept. iuris civ. lib. 2 c. 1.

²⁾ Vergl. Zeitschrift für Rechtsgeschichte 7 S. 228.

§ 2 de b. p. s. t., also gerade diejenigen, die heutzutage, freilich in einem ganz andern Sinn, allgemeine Anerkennung gefunden haben. Sie setzen für die Ertheilung der b. p. s. t. das Vorhandensein des Testaments nach dem Tode voraus. Nun erkennt man aber mit Leist fast allgemein an, daß es eine Agnoscirung der bonorum possessio nicht mehr giebt, daß sie mit dem Erbschaftsantritt zusammengefallen ist¹⁾. Was ist nun aus dem Requisit der bonorum possessio secundum tabulas geworden? ist es weggefallen oder auf die aditio hereditatis mit übernommen worden? Letzteres kann nicht sein, denn dann wäre für die Gültigkeit der Testamente ein Requisit aufgestellt, das weder das justinianische noch das klassische Recht kennt. Trotzdem dürfen wir, wie oben im allgemeinen, so auch hier sagen, nicht daß die Möglichkeit der Geltendmachung des formlosen Widerrufs weggefallen ist, sondern daß derselbe jetzt verbunden mit der Vernichtung der Testamentsurkunde den institutus unbedingt ausschließt.

Also für sich allein hat die Zerstörung des Testaments auch bei Lebzeiten des Erblassers gar keinen Einfluß mehr auf die Delation der Erbschaft. Tritt aber der Widerruf des Erblassers hinzu, mag er nun mit jener selbst verbunden sein oder ganz unabhängig davon in beliebiger Weise erklärt sein, so ist damit die Delation an den Testamentserben beseitigt; mit anderen Worten: in diesem Falle ist der Beweis, daß die Zerstörung der Testamentsurkunde gegen den Willen oder gegen die Absicht des Erblassers erfolgt ist, als unerheblich ausgeschlossen.

¹⁾ Vergl. Köppen, Erbrecht S. 282 ff.; Windscheid, Pandecten § 596, 9 und die dort angeführten.

Man wird freilich geneigt sein im Sinne der bisherigen Auffassung die Anwendung der l. 1 § 8 und l. 11 § 2 auf den Fall zu beschränken, daß der Testator selbst das Testament vernichtet hat. Das liegt aber eben nicht in jenen Stellen, und wir sind nicht befugt das überlieferte Recht in angemessener Weise umzugestalten.

Einfacher wie für die Erbeinsetzung gestaltet sich die Wirkung des formlosen Widerrufs bei Vermächtnissen.

Schon das klassische Recht läßt durch denselben die Legate per exceptionem doli, die Fideicommissa ipso iure untergehen¹⁾. Das gilt sowohl für den Fall, wenn sie allein widerrufen sind, als wenn der Widerruf das ganze Testament trifft. Ja im letzteren Fall wird man sogar folgern müssen, daß selbst der Testamentserbe, der gegen den Willen des Erblassers sich in der Erbschaft behauptet, weil keiner der oben besprochenen Fälle vorliegt, den Legataren die exceptio doli entgegenstellen kann. Daß die Römer diesen Schluss gezogen haben, zeigen die beiden Entscheidungen Papinian's in l. 22 de adimendis und l. 36 § 3 de testamento militis (oben S. 16). Ist endlich der Widerruf nur um der Person des eingesetzten Erben willen erfolgt, so bleiben die Vermächtnisse nach den Entscheidungen in l. 2 de his quae in test. del. (oben S. 6) und l. 12. 16 § 2 de his quae ut indignis (oben S. 9. 10) in Kraft.

Die Gleichstellung der Legate und Fideicommissa durch Justinian hat an diesen Sätzen nichts geändert; in der vorliegenden Frage galt schon vordem sachlich dasselbe, nur

¹⁾ L. 3 § 11, l. 15 de adimendis (34, 4), l. 18 de legatis III, l. 9 pr. de his quae ut indignis (34, 9).

formell stand sich die Wirkung *ipso iure* und *per exceptionem* gegenüber; dieser Gegensatz ist aber practisch schon durch die Umwälzungen im Proceßverfahren beseitigt worden¹⁾.

Dafs das Bild des heutigen Rechtszustandes, wie wir es hiermit entworfen haben, kein durchaus befriedigendes genannt werden darf, wird kaum in Abrede gestellt werden können. Nur in vereinzeltten Fällen ist der formlose Widerruf zum Durchbruch gekommen, in den anderen wird an der Form festgehalten, ohne dafs ein inneres Princip dieser Scheidung zu Grunde liegt.

Auf der Bahn des prätorischen Rechts weiter zu gehen und für den Widerruf überall die Form zu beseitigen ist im Testamentsverkehr gewifs nicht unbedenklich²⁾. Die Gefahr liegt weniger auf Seiten des stillschweigenden Widerrufs, weil bei diesem der Richter nicht umhin kann eine unverkennbare Willensäußerung zu verlangen, um die testamentarischen Bestimmungen umzustossen; schwierig ist seine Lage gegenüber gelegentlichen Erklärungen des Testators. Schon die Römer warnen davor diese unbedingt anzuerkennen, als wenn sie stets die wirkliche Absicht des Sprechenden wiedergäben³⁾; oft enthalten sie nur die Andeutung eines erst halb gefafsten Entschlusses, oft sind sie auch gerade darauf berechnet diejenigen, an die sie gerichtet sind, irre zu führen. Man werfe nicht ein, dafs die Leute deswegen, weil man ihren Worten

¹⁾ Zeitschrift für Rechtsgeschichte 7 S. 228.

²⁾ Auch auf anderen Gebieten haben wir gegenüber der prätorischen Rechtsentwicklung mit Recht an der Form festgehalten; ich erinnere nur an die Hypothekenbücher gegenüber dem durch einfache Tradition erworbenen Eigenthum in bonis.

³⁾ L. 24 de testam. mil. (29, 1).

eine so entscheidende Bedeutung beilegen könnte, mit denselben vorsichtig sein werden. In der Aufwallung denkt niemand an Rechtsvorschriften, am wenigsten an solche, die einem natürlichen Gefühl widersprechen. Ein Widerspruch liegt aber darin, daß man, und mit vollem Recht, die Aufstellung letztwilliger Verfügungen an feste Formen bindet, die eine Bürgschaft für den ernsten und endgültigen Willen des Verfügenden bieten, und für die Zurücknahme derselben unter Preisgebung dieser Sicherheit die Schranken fallen läßt. Es ist dem jedenfalls noch vorzuziehen, wenn die neueren Gesetzbücher in Anlehnung an das *ius civile* der Römer den Grundsatz aufstellen, zur Aufhebung des Testaments sei dieselbe Form nöthig, wie zur Begründung; doch wird derselbe um so bedenklicher, je mehr man die Form der Testamentserrichtung erschwert¹⁾. Es läßt sich viel eher rechtfertigen, daß jemand ab intestato beerbt werde, weil er die Formen der Testamentserrichtung nicht beobachten konnte, als daß sein Nachlaß an einen Erben komme, dessen einziges Anrecht auf die Erbschaft, der Wille des Erblassers, weggefallen ist.

Die ausgesprochenen Bedenken richten sich hauptsächlich gegen den mündlichen Widerruf; sie lassen sich auch bei diesem durch besonnene Urtheilsfindung einigermaßen beseitigen. Will man als genügende Form des Widerrufs jede selbständige schriftliche Erklärung (nicht etwa briefliche Aeufserungen, die ja mit den mündlichen auf gleicher Stufe stehen) und Zerstörung der Testamentsurkunde gelten lassen, so wird

¹⁾ Darum ist die obige Bestimmung im Code civil 1035 passender, als im preussischen allgemeinen Landrecht I, 12 § 587.

dagegen kaum etwas einzuwenden sein. Die Zweifel, welche die letztere Form mit sich bringt, ob die Zerstörung vom Testator und ob sie absichtlich vorgenommen worden, sind Fragen des Beweises, die zwar bisweilen Schwierigkeiten mit sich führen können, aber doch nicht geeignet sind einer so allgemeinen und natürlichen Rechtsanschauung die Anerkennung zu versagen, wie der, daß die Zerstörung der Urkunde auch die Wirkung derselben beseitige. Neben dem schriftlichen Widerruf würde aber auch der mündliche vor Zeugen anerkannt werden müssen, mögen dies nun zwei oder fünf sein; nur das Erforderniß ist festzuhalten, daß die Zeugen rogati im Sinne des römischen Rechts seien; damit wird die Möglichkeit einer nicht ernstlichen Willenserklärung abgeschnitten.

Eine mancipatio fiducia causa.

Unter dem Titel „ein pactum fiducia“ ist von Emil Hübner zuerst im Hermes 3, 283 ff. und dann im Corpus Inscriptionum Latinarum II p. 700 n. 5042 eine kürzlich in Spanien aufgefundene Erztafel publicirt worden, die unsere Kenntnisse über mancipatio und fiducia um ein gutes Stück bereichert. Ihren juristischen Interpreten hat sie in Degenkolb gefunden, der ihr nach der summarischen Erläuterung hinter Hübners Veröffentlichung jetzt noch im neunten Bande der Zeitschrift für Rechtsgeschichte (S. 117 ff.) eine eingehende und geistvolle Besprechung gewidmet hat¹⁾. Dafs die Urkunde hier noch einmal erörtert werden soll, hat seinen Grund in einer abweichenden Auffassung der Hauptpuncte selbst; die übrigen Theile der Inschrift, für welche der Arbeit Degenkolbs gegenüber nichts neues beigebracht werden konnte, sollen nur kurz berührt werden.

Die Inschrift, bestehend aus einer etwa 6 Zoll hohen und 10 Zoll breiten Erztafel, ist im südlichen Andalusien

¹⁾ Neuerdings hat auch Camillo Re im Giornale di Giurisprudenza teorico-pratica Roma 1870 fasc. 2 die Inschrift abgedruckt und erläutert; einige Proben aus dieser Abhandlung sollen unten mitgetheilt werden.

an der Mündung des Guadalquivir, nicht weit von Bonanza, dem Hafenplatz der Stadt Sanlucar de Barrameda gefunden. Die Tafel hat in der Mitte des oberen Randes und des linken Seitenrandes je ein, am unteren Rande zwei Löcher; in dreien derselben stecken noch die bronzenen Nägel, mit denen sie an irgend eine Wand genagelt war. Hübner setzt die Inschrift um der Form des **L M P** und des im ganzen quadraten, plumpen Characters willen in die Mitte des ersten Jahrhunderts n. Chr. So sichere Bestimmungen aus den Schriftzügen herzunehmen ist doch bedenklich; man wird nicht mehr zugeben können (und darin stütze ich mich auf Th. Mommsens Zustimmung), als das über das zweite Jahrhundert n. Chr. nicht hinausgegangen werden darf; für diese Grenze ist der apex über dem o in Titio (Zeile 12) entscheidend.

Die Lesung ist durchaus sicher; in dem hier folgenden Text sind einzelne der Abkürzungen und die Fehler der Tafel beseitigt; die Abweichungen derselben sind dafür sämtlich in den Noten angeführt.

Dama L. Titi servus¹⁾ fundum Baianum, qui est in agro qui | Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optumus maxumusque²⁾ | esset, sestertio nummo uno³⁾ et hominem Midam sestertio nummo uno³⁾ fidi fiduciae causa man|cipio accepit ab L. Baiano libripende⁴⁾ antestato⁵⁾. adfines
5 fundo⁶⁾ || dixit L. Baianus L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet. | Pactum conventum factum est inter Damam L. Titi servum⁷⁾ et L. Baianum⁸⁾: |

¹⁾ SER.

²⁾ MAXVMVSQ

³⁾ HS·N·I.

⁴⁾ LIBRIPENDL

⁵⁾ ANTEST.

⁶⁾ AD·FINES·EVNDO

⁷⁾ SER.

⁸⁾ BAIAN.

quam pecuniam L. Baiano dedit dederit credidit crediderit
 expensumve tulit tulerit sive quid pro eo promisit pro-
 miserit | spopondit spoponderit¹⁾ fideve quid sua esse
 10 iussit iusserit, usque eo is fundus || eaque mancipia fiducia
 essent, donec ea omnis pecunia fides|ve persoluta L. Titi
 soluta liberataque esset. si pecunia sua qua|que die
 L. Titio heredive²⁾ eius data soluta non esset, tum uti
 eum | fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is
 vellet L. Titius heresve³⁾ eius vellet, ubi et quo die vellet,
 15 pecunia praesenti || venderet; mancipio pluris sestertio
 nummo uno⁴⁾ invitus ne daret neve sa|tis secundum man-
 cipium daret neve ut in ea verba, quae in ver|ba satis
 secundum mancipium⁵⁾ dari solet, repromitteret neve
 simplam neve.

Ueber die Bedeutung der Inschrift kann kein Zweifel
 sein. Sie enthält eine mancipatio fiduciae causa als Pfand-
 bestellung in der Weise, wie wir sie aus Gai. 2, 60 kennen.
 Bestritten ist hingegen, ob sie Schema oder Urkunde eines
 wirklich vor sich gegangenen Rechtsgeschäfts sei. Degenkolb
 hat sich, obgleich zweifelnd, für das letztere erklärt; seine
 Gründe sind folgende: die Häufung von Fehlern, die Aus-
 lassung der Namen des libripens und antestatus (Zeile 4),
 während sonst die Urkundspersonen benannt sind, und der
 fundus Baianus an Stelle der sonst gebräuchlichen Corneliani
 und Semproniani.

¹⁾ spoponderit fehlt. ²⁾ TITIO·H·VE ³⁾ H·VE. ⁴⁾ HS·N·I·

⁵⁾ SATIS·S·M.; die Auflösung dieser Abkürzung fand Mommsen
 aus der voraufgehenden Zeile und der Lindenbrogschen Note s.s.m.
 = satis secundum mancipium (Grammatici Latini ed. Keil IV p. 300),
 vgl. Cic. ad Att. 5, 1, 2.

Es ist nicht recht abzusehen, warum alle diese Fehler leichter in einem nachlässig abgeschriebenen Instrumente, als in einem doch auch nur für den individuellen Gebrauch copirten Schema vorkommen sollen. Wie soll man aber gar darauf Gewicht legen gegenüber den für das letztere sprechenden Beweisen? Es sind dies die Namen L. Titius, C. Seius und der Slave Dama, welche von den Juristen regelmässig in fingirten Fällen benutzt werden und von denen deshalb jeder einzelne schon darauf führen müßte, daß wir es hier mit einem Schema zu thun haben, um wie viel mehr also das Zusammentreffen. Damit stimmt ferner der Slave Midas, der sich zwar in den juristischen Schriften nicht findet, aber doch als Slavenname geläufig genug ist, um in einem Schema verwendet zu werden.

Wie steht es nun aber mit dem fundus Baianus und dessen Eigenthümer, dem Verpfänder, der bald L. Baianus, bald L. Baianius genannt wird? Wo das Grundstück zu suchen sei, wenn es wirklich existirt hat, müßte aus der beistehenden Ortsangabe 'qui est in agro qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi' sich ergeben. Die Bezeichnung nach ager und pagus ist echt römisch, geht aber stets auf Stadtgebiet und Gau¹⁾. Dies hier wegen des Ausdrucks 'qui vocatur' statt 'qui est' abzuweisen, wie Hübner will, ist gewiß unhaltbar. Er selbst weist die in der Nähe des Fundorts liegende Gemeinde Nabrissa Veneria nach; von dieser könnte aber nur dann der ager Veneriensis der Tafel hergenommen sein, wenn Veneria nicht Beiname, sondern officieller Stadt-

¹⁾ L. 4 pr. D. de censibus (50, 15) und insbesondere die tabulae alimentariae Traiani (Spangenberg Tabulae p. 312).

name gewesen. Aber schon das Zusammentreffen mit dem pagus Olbensis, der trotz des Widerspruchs von Hübner mit ὀλβιος zusammenhängt, weist gerade auf die Wahl zweier Namen mit guter Vorbedeutung hin. Und sollte nicht das Schwanken im Namen des Eigenthümers daher rühren, daß man zuerst den Namen des Grundstücks erfunden und danach die beiden gleichberechtigten Formen Baianus und Baianius für den Eigenthümer hergestellt hat?

Betrachten wir nun der Reihe nach die einzelnen Abschnitte des Formulars. Zuerst kommt die mancipatio, und zwar vom Eigenthümer selbst an den Slaven des Pfandgläubigers. Daß dies für den letzteren dieselbe Wirkung hat, wie die Vornahme des Actes in eigener Person, ist bekannt (Gai. 2, 87); er wird also Eigenthümer.

Objecte der Mancipation sind ein Grundstück und ein Slave, beide res Mancipi, vorausgesetzt, daß das Grundstück ein fundus in Italico solo sei. Das Formular paßt also in der Provinz nur auf eine Gemeinde mit ius Italicum.

Als Preis wird, um den Character der Mancipation als Kauf zu wahren, ein Sesterz gegeben, und zwar für jedes der beiden Objecte, ein genügender Anhalt, wie Degenkolb hervorhebt, um besondere Mancipation des fundus und des Slaven vorauszusetzen. Es fragt sich, ob diese Trennung nöthig gewesen. Nach heutiger Ansicht soll Ulp. 19, 6¹⁾ dies verneinen, er sagt aber nur, daß mehrere bewegliche und mehrere unbewegliche Sachen zusammen mancipirt werden konnten, von der Zusammenfassung beweglicher und unbe-

¹⁾ Res mobiles non nisi praesentes Mancipari possunt et non plures quam quot manu capi possunt; immobiles autem etiam plures simul et quae diversis locis sunt, Mancipari possunt.

weglicher Sachen spricht er nicht. Sie könnte vielleicht unthunlich oder wenigstens ungebräuchlich gewesen sein, um deswillen, weil bei jenen Gegenwart und Ergreifen der Sache seitens des *mancipio accipiens* erforderlich war, bei diesen nicht¹⁾; andererseits kann unser Schema auch rein willkürlich etwa im Hinblick darauf, daß auch das Verkaufsrecht (Z. 13) für jede Sache einzeln eingeräumt wird, die Objecte getrennt haben; letzteres würde deshalb keine Beweiskraft für Iherings Ansicht haben, daß eine Cumulation von Mancipationen in älterer Zeit ganz ausgeschlossen war²⁾.

Die Bedeutung der Clausel 'uti optumus maxumusque esset' für den fundus Baianus kann nicht zweifelhaft sein; sie geht nur auf Freiheit von Prädialservituten³⁾. Die Angabe der Grundnachbarn gehört zur ordnungsmässigen Bezeichnung des Grundstücks. Der hier aufgeführte *populus* bezieht sich auf die öffentliche Landstrasse. Um nicht wegen unabsichtlicher Weglassung weiterer Nachbarn zur Verantwortung gezogen zu werden, ist noch die Clausel 'et si quos dicere oportet' hinzugesetzt.

Damit schließt der Mancipationsact; das Formular hängt nun ein *pactum* zwischen denselben Personen an über Rechte und Pflichten des *mancipio accipiens*, wie sie die Natur der fiduciarischen Verpfändung mit sich bringt.

Zunächst wird bestimmt, für welche Forderungen die *fiducia* Deckung gewähren soll.

¹⁾ Solche Verbindungen, wie *fundus cum instrumento*, stehen natürlich nicht entgegen.

²⁾ Geist des Röm. Rechts 3 S. 137.

³⁾ L. 79 de contrah. empt. (18, 1), l. 48. 75 de evict. (21, 2). Personalservituten machen auch ohne ausdrückliche Verabredung den Veräußernden wegen Eviction verhaftet.

Degenkolb hat die Einschreibung L. Titius vor L. Baiano in Z. 7 für unentbehrlich erklärt. So wie der Text auf Z. 7 in der Tafel lautet, kann nur Dama Subject von dedit u. s. w. sein, was freilich etwas ungeschickt ausgedrückt ist. Doch ist es das nicht, woran Degenkolb Anstoß nimmt; nach ihm versteht sich die Ergänzung aus rein sachlichen Gründen von selbst. Warum soll aber der Slave, der die Mancipation vornimmt, seinen Herrn nicht auch in all den aufgezählten Geschäften, im dare, credere, expensum ferre und Bürgschaftsübernahme vertreten? Daß letztere nur iure praetorio wirksam wäre, nämlich durch actio quod iussu oder, was hier näher liegt, durch die actio institoria, kann doch nichts ausmachen. Es soll hiermit aber nur Widerspruch dagegen erhoben werden, daß die Ergänzung L. Titius unbedingt geboten sei; als möglich mag sie immerhin gelten.

Die aufgeführten vier Kategorien der sicher zu stellenden Forderungen begreifen sämtliche bereits zur Zeit der Mancipation bestehenden und alle noch künftig zu begründenden Forderungen. Die Kategorien selbst sind pecunia data, credita, expensa lata und si quid pro eo promisit promiserit, spopondit (spoponderit) fideve quid sua esse iussit iusserit. Man sieht also, daß es zunächst nur Geldgeschäfte waren, denen die fiducia zur Deckung dienen sollte; auch bei der Uebernahme einer Bürgschaft in den drei Formen der fidepromissio, sponsio, fideiussio ist nach dem vorhergehenden nur an Geldschulden gedacht; werden doch Zeile 11 alle vier Kategorien mit den Worten 'si pecunia sua quaque die L. Titio heredive eius data soluta non esset' wieder aufgenommen.

Hieraus möchte sich für die Bestimmung des Formulars mit einiger Sicherheit entnehmen lassen, daß es die Grund-

sätze aufstellt, unter denen ein Geldmann, also zunächst ein Banquier, Credit in jeder Richtung gewährt und seinen Clienten damit die Möglichkeit eröffnet ihre Zahlungen und sonstigen Geldgeschäfte durch seine Vermittelung abzumachen, ganz in der Weise wie die heutigen Hypothekenbanken, ich meine diejenigen, welche sich nicht auf Gelddarlehn an die Pfandschuldner beschränken. Als ein solches Formular mag die Erztafel im Geschäftslocal an die Wand genagelt ausgehängen haben.

Gehen wir von dieser Auffassung aus, so kann es nicht befremden, daß oben bei der Mancipation die Besitzübertragung nicht erwähnt ist. Der Banquier kann sich mit der Verwaltung der Güter oder Verwendung der Slaven, bei denen hier wohl nur an solche, die zum Gutsinventar gehören, gedacht werden darf¹⁾, nicht befassen; er läßt sie in den Händen des Schuldners, die rei vindicatio bietet ihm bei Grundstücken genügende Sicherheit²⁾.

Mag man nun aber auch die obige Beziehung des Formulars nicht annehmen, so wird man doch Degenkolb in seiner Auffassung der zeitlichen Begrenzung des Pfandvertrags (§ 8) nicht beitreten können. Wenn die fiducia für alle zukünftigen Forderungen haften soll, so, meint er, ist jedenfalls eine Verpflichtung zur Remancipation derselben an den Verpfänder ausgeschlossen, nur seine Erben sind nach Bezahlung der von jenem contrahirten Schulden zur Forderung derselben berechtigt; vorher sei ja, auch wenn der Schuldner alles bezahlt hat, nicht abzusehen, ob nicht wieder

¹⁾ So auch Degenkolb S. 139 N. 45.

²⁾ Anders Degenkolb § 7.

neue Schulden contrahirt werden, für die das Pfandrecht dann wieder in Kraft treten würde.

Diese sich rein an den Wortlaut haltende Auslegung möchte doch der Absicht der Contrahenten nicht entsprechen. Einmal nicht der des Verpfänders, der wahrhaftig nicht daran denkt durch Pfandbestellung auf sein Eigenthum für Lebenszeit zu verzichten, auch für den Fall, daß er von jeder Geschäftsverbindung mit dem Pfandgläubiger sich losmachen will. Und welchen Zweck hätte eine solche Abrede für den Pfandgläubiger? Er kann doch nur Sicherung für seine Forderungen wollen; mit Bezahlung derselben fällt sein Interesse an der Retention des Pfandes weg, da er bei Begründung neuer Forderungen es ganz in der Hand hat sich zuvor von neuem Sicherheit bestellen zu lassen. Nur der Verpfänder hat an dem Fortbestehen der fiducia ein Interesse, indem er sich dadurch Fortsetzung des offenen Credits sichern will. Oder sollen wir glauben, daß das vorliegende Formular dazu bestimmt sei unvorsichtige Schuldner in eine Falle zu locken, sie ganz in die Hand des Gläubigers zu liefern, der sie durch Zurückhaltung der fiducia in jeder Weise zu chicaniren und zu zwingen vermag, nur mit ihm, auch unter den ungünstigsten Bedingungen zu contrahiren? Ich glaube nicht, daß eine solche Verabredung dem *uti inter bonos bene agier oportet* der *actio fiduciae* gegenüber Stich gehalten hätte. Vielmehr werden wir ebenso wenig wie heutzutage eine ausdrückliche Verabredung verlangen, damit dem Verpfänder jederzeit gegen Zahlung des Saldo der Rücktritt von dem Pfandsvertrage offen gehalten werde. Zudem steht fest, daß auf der verlorenen Fortsetzung unserer Tafel Bestimmungen über den Zeitpunkt der Remancipation getroffen waren; wäre nicht bei

diesen der geeignetste Platz, um dem Schuldner den Rücktritt nach erlegtem Saldo ausdrücklich zuzusichern?

Degenkolb (§ 10) bemängelt auch die Fassung des Schlufssatzes Zeile 11: 'donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titi soluta liberataque esset' und will emendiren: 'donec ea omnis pecunia persoluta fidesve L. Titi soluta liberataque esset'. Gegen letztere Fassung wäre nichts einzuwenden, ich möchte sie auch der Mommsenschen Erklärung vorziehen, daß man die der Kürze wegen zusammengezogenen Glieder so auseinander legen müsse: 'donec ea omnis pecunia L. Titi soluta liberataque esset fidesve persoluta L. Titi (d. h. das von L. Titius auf Grund der Bürgschaft gezahlte Geld) soluta (nämlich von Baianius) liberataque esset'. Ich habe hiergegen nicht sowohl das Bedenken, daß man nicht von pecunia liberata sprechen könne — denn dieser Ausdruck ist ebenso berechtigt, wie das mehrfach in unseren Quellen vorkommende liberare creditorem für Bezahlung des Gläubigers — als das andere, daß dann nur der Fall der Zahlung seitens des Bürgen erwähnt wird (fides persoluta), während die Zahlung durch den Hauptschuldner (Baianius) als normaler Tilgungsmodus der Bürgschaftsobligation zunächst erwartet wird.

Die Tafel schließt mit dem pactum venditionis für den Fall, daß die Pfandschulden nicht gehörig erfüllt würden. Die Abrede, daß der Gläubiger aus dem Verkauf des Pfandes seine Befriedigung suchen könne, bezieht sich natürlich nicht auf seine rechtliche Befähigung die fiducia gültig zu verkaufen; diese hat er schon als Eigenthümer¹⁾. Vielmehr ge-

¹⁾ Vergl. Dernburg Pfandrecht I S. 20 f. Ob übrigens das pactum venditionis bei der fiducia so viel älter ist als bei der hypotheca (Dernburg S. 35), möchte doch zweifelhaft sein.

währt das pactum nur Sicherheit gegen die actio fiduciae. Die einfache Verkaufsbefugniß brauchte übrigens nicht ausdrücklich eingeräumt zu werden; sie hatte sich so sehr als wesentliches Recht des Gläubigers herausgebildet, daß sie nicht einmal gültig durch Verabredung ausgeschlossen werden konnte¹⁾.

Zum Eintritt der Verkaufsbefugniß genügt der Verfall jeder einzelnen Schuld; das liegt in der Natur des vorliegenden Contracts und ist außerdem in den Worten 'si pecunia sua quaque die L. Titio heredive eius data soluta non esset' ausgesprochen²⁾.

Für den Verkauf selbst ist Ort und Zeit dem Gläubiger ganz anheimgestellt, augenscheinlich, wie Degenkolb richtig anerkannt hat, mit Rücksicht auf die sonst übliche Anzeige an den Schuldner und öffentliche Versteigerung. Der Gläubiger braucht sich ferner nicht auf Creditirung des Kaufpreises einzulassen, wenn er auch damit das Interesse des Schuldners verletzt, er hat ein Recht auf das praesenti pecunia vendere. Daß auch der Erbe den Verkauf vornehmen darf,

¹⁾ Paul. 2, 13, 5; vergl. l. 4 D. de pign. act. (13, 7) und Paul. 2, 5, 1.

²⁾ Ich stimme Degenkolb (§ 11) bei in der Beurtheilung des Unterschiedes, der nach Pomponius in l. 8 § 3 D. de pign. act. (13, 7) in den Fassungen 'si pecunia sua quaque die soluta non esset' und 'si quae pecunia sua quaque die soluta non esset' liegen soll, daß nämlich bei jener erst nach Verfall der ganzen Schuld die Verkaufsbefugniß Platz greife. Aber Pomponius hat dabei nur den Fall einer einheitlichen Schuld mit Terminalzahlungen im Auge; im obigen Fall konnte auch er nach der offenbaren Absicht der Parteien nicht auf eine so verkehrte Auslegung verfallen. Nach Camillo Re S. 85 findet obige Clausel ihre Erklärung darin, daß bei Obligationen auf fungible Sachen der gewöhnliche Zahlungstermin annua bima trima die gewesen sei.

würde selbst ohne besondere Erwähnung desselben im pactum nicht zweifelhaft gewesen sein¹⁾).

In der Auffassung der nun folgenden Klausel 'mancipio pluris sestertio nummo uno invitus ne daret' kann ich Degenkolb nicht beistimmen. Er erkennt darin die Befugniß des Gläubigers, das Pfand zu jedem Preise bis zum Nominalsesterz loszuschlagen, d. h. also dasselbe nach Belieben ohne Nutzen für sich und den Schuldner zu verschenken. Eine Erklärung für diese maßlose Berechtigung findet er in der Zulässigkeit der *lex commissoria*²⁾. Aber diese ist doch wenigstens auf den Vorthail des Gläubigers berechnet, während die aus ihr folgende Berechtigung zur Schenkung und Verschleuderung mit dem Pfandvertrage nichts zu thun hat; diese zum Gegenstand des Fiduciar-Vertrages machen heißt die Natur des letzteren verleugnen.

Die obigen Worte haben in der That eine ganz andere Beziehung; sie gehören nicht, wie Degenkolb annimmt³⁾, zu dem vorausgehenden Theil des pactum venditionis, sondern bilden mit den folgenden zwei Klauseln einen neuen Abschnitt desselben, sie handeln alle drei davon, inwieweit der Gläubiger dem Käufer gegenüber, Gewährspflicht einzugehen nöthig

¹⁾ Anderer Meinung scheint Degenkolb für das ältere Recht, und zwar wohl auf Grund der l. 8 § 4 de pign. act. (13, 7): 'De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur; sed et si creditoris dumtaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres eius iure vendet, si nihil in contrarium actum est'. Mir scheint es gefährlich in so allgemeinen Ausdrücken Reminiscenzen eines älteren Rechtszustandes zu finden.

²⁾ Als Beispiele derselben bei der fiducia vergl. Cic. pro Flacco 21, ad fam. 13, 56.

³⁾ So auch Hübner nach der Interpunction im C. J. L.

habe. Von dieser wird er vollkommen freigesprochen, und zwar in obigen Worten zunächst von der Uebernahme der aus der Mancipation ipso iure folgenden Gewährspflicht; um deswillen braucht er nicht anders als *sestertio nummo uno* zu mancipiren¹⁾.

Dieser Satz ist für die Lehre von der Mancipation von hoher Bedeutung. Er beweist mit einem Schlage, daß die Mancipation *nummo uno* auch bei wirklichem Verkaufe zulässig war, was noch Leist bestreitet²⁾; daß sie sich nicht auf Schenkung beschränkte, folgte schon aus der Anwendung derselben für die fiduciarische Auflassung zu Anfang der Tafel.

¹⁾ In einer eigenthümlichen, für uns Nordländer nicht recht faßbaren Weise erklärt Camillo Re S. 88 die obigen Worte. Er sagt wörtlich: Wie wir sahen, war die Wirkung der fiducia die, daß der Gläubiger verpflichtet war den Kaufpreis der verpfändeten Sache, soweit er seine eigne Forderung überstieg, herauszugeben, daß er auch beim Verkauf sich wie ein *diligens pater familias* benehmen mußte. Um also diese Verantwortlichkeit abzustreifen, wurde bisweilen in den Pfandvertrag das Abkommen aufgenommen, es solle für den Mehrerlös nicht eingestanden werden l. 20 C. de distr. pign., so daß ich sogar glauben möchte, in diesem Falle sei auch die persönliche Klage des Gläubigers ausgeschlossen gewesen, wenn er etwa mit dem Verkauf seine Forderung nicht gedeckt hatte; mit einem Worte, die Clausel '*mancipio pluris sestertio*' sollte meiner Vermuthung nach eine Art *lex commissoria* enthalten; in die Sprache des gemeinen Lebens übersetzt würde sie sagen, der Gläubiger sei nicht gehalten die Sache zu einem höheren Preise zu verkaufen, als für welchen er sie selbst bekommen hat, d. h. für nicht mehr als einen Sesterz (*il creditore non essere tenuto a venderla per una maggiore somma di quella per la quale l'ha ricevuta, ossia non più di un sesterzio*).

²⁾ Mancipation S. 161. 170. 186. Die *mancipatio sestertio nummo uno* war auch die bequemste Form für den Verkauf mit Creditirung des Kaufpreises.

Die Mancipation ist in dieser Gestalt zum reinen Uebertragungsact des Eigenthums in Verbindung mit jedem beliebigen Rechtsgeschäft geworden; daß sie daneben auch in der ursprünglichen Bedeutung als wirklicher Verkaufsact vorkam, würde selbst ohne das Zeugniß unserer Urkunde außer Frage stehen.

Mit der gegebenen Erklärung der fraglichen Worte — und ich glaube nicht, daß eine andere zulässig ist — fallen auch die Schwierigkeiten, welche die folgenden beiden Clauseln Degenkolb bereiteten. In den Worten 'neve satis secundum mancipium daret neve ut in verba, quae in verba satis secundum mancipium dari solet, repromitteret neve simplam neve' ist dem Gläubiger die Pflicht erlassen für seine gesetzliche Gewährspflicht aus der Mancipation Satisfactio zu leisten oder, wenn er die Mancipation nummo uno vorgenommen hat, also aus ihr nicht verhaftet ist, durch repromissio die Gewährleistung zu übernehmen¹⁾.

Daß alle drei Clauseln sich nur auf die Verhaftung wegen Entwährung beziehen, wie sie bei der mancipatio durch die actio auctoritatis geltend gemacht wurde, folgt daraus, daß eine andere Gewährspflicht des mancipio darin nicht bestand. Daran darf man nicht denken, daß über dieselbe hinaus durch die satisfactio secundum mancipium eine weitere Verpflichtung vertragsmäßig übernommen werden könnte; die sich darauf beziehende repromissio soll sich ja nicht eine im vorliegenden Schema besonders formulirte,

¹⁾ Degenkolb § 13 bezieht die repromissio auf den Fall unterlassener mancipatio. Dem steht entgegen, daß letztere, wenngleich nicht zur Verpflichtung des Verkäufers gehörend, doch kaum unterlassen wurde, wie denn auch unsere Urkunde in den Worten 'mancipio pluris sestertio nummo uno invitatus ne daret' darauf hinweist.

sondern die gewöhnliche *satisfactio secundum mancipium* zum Muster nehmen.

In der letzteren finden wir auch, wie Degenkolb § 13 bemerkt, die Bestätigung der Ansicht, daß die Gewährspflicht nicht in einer ausdrücklichen *nuncupatio* übernommen wurde, sondern an sich aus der *mancipatio* folgte¹⁾; anderenfalls würde nicht die *satisfactio s. m.*, sondern jene *nuncupatio* zum Vorbild der *repromissio* gewählt sein. Auch bekämpft Degen-

¹⁾ Man stützte sich dafür bisher auf Varro *de re rust.* 2, 10, 5: 'In horum emptione solet accedere peculium aut excipi et (so Politian's Vergleichen, aut si excipiet die älteren Ausgaben) stipulatio intercedere sanum eum esse furtis noxisque solutum aut, si mancipio non datur, dupla promitti, aut si ita pacti, simpla'. Das 'aut' hinter 'solutum' ist aber nach der jetzigen Lesung unhaltbar; erwartet wird 'et'. Ob dies die ursprüngliche Lesung oder ob nicht hinter 'solutum' noch mehreres ausgefallen, ist schwer zu sagen; jedenfalls beachte man bei künftigen Schlussfolgerungen aus der Stelle, daß sie in mancher Hinsicht zu kritischen Bedenken Anlaß giebt. Der Anfang 'in horum emptione', der auf den Sklavenkauf gehen soll, findet in dem vorausgehenden keine Beziehung; hier ist nur die Rede von den Erwerbsarten des *dominium ex iure Quiritium*, und geht man weiter zurück, so kommt man auf die Aufzählung der Sklaven, wie sie sich ihrer Nationalität nach zu der einen oder der anderen Verwendung am besten eignen; dann würde 'horum' auf die 'Galli appositissimi maxime ad iumenta' gehen. Auch der Abschnitt über die Erwerbsarten hat mit dem Anfang des Capitels nichts zu thun, gerade so wie die Vorschriften über Speisung der Sklaven, welche den oben abgedruckten Worten folgen, mit den hier ausgesprochenen Sätzen. Hält man damit zusammen, daß, wenn man beide Abschnitte herausnimmt, der Gedankengang in der ungezwungendsten Weise vorwärts schreitet, so kann man nicht umhin jene für einen fremdartigen Zusatz zu halten, sei es nun ein Nachtrag Varro's selbst (dafür könnte man sich auf die ganz Varronische Schreibweise berufen) oder ein späterer Zusatz.

kolb mit Recht die Ansicht¹⁾, daß die *satisfactio* s. m. ursprünglich als Grundlage ein feierliches Versprechen der Gewähr voraussetzte. Es soll dies nämlich daraus folgen, daß die *satisfactio*, unter der nur Bürgschaftsstellung verstanden werden könne, doch älter sei als die *fideiussio* und daß die alten Bürgschaftsformen der *sponsio* und *fidepromissio* eine Verbalobligation des Hauptschuldners voraussetzen.

Wir haben noch die Fragen aufzuwerfen, welchen Zweck die drei Clauseln haben und ob sie nothwendig waren. Die erstere beantwortet Degenkolb richtig dahin, daß sie sich nicht auf das Verhältniß des Gläubigers zum Käufer, sondern wie das ganze *pactum conventum* auf seine Stellung zum Schuldner, auf die *actio fiduciae* beziehen. Dem Käufer steht der Fiduciar wie jeder andere Eigenthümer gegenüber; er haftet aus der *mancipatio* mit der *actio auctoritatis* und ohne *mancipatio* mit der *actio empti* wegen *Eviction* und entgeht jener Klage nur durch *mancipatio sestertio nummo uno*, dieser nur durch ausdrückliches Wegbedingen der Gewährspflicht; ja letzteres würde auch bei der *mancipatio HS nummo uno* nöthig sein, da diese in dem Character des Vertrages als Verkauf nichts ändert. Der Gläubiger soll also um deswillen dem Schuldner nicht verantwortlich sein, weil er keine Gewährspflicht übernommen und deshalb einen niedrigeren Preis erzielt hat, als sonst der Fall gewesen wäre. Das kann nach der hier gegebenen Construction nicht in Zweifel gezogen werden, daß *invitus* auch zur zweiten und dritten Clausel zu ergänzen ist, daß ihre Bestimmungen nur ein Recht des Gläubigers, nicht eine Pflicht enthalten.

Liegt denn aber dem Fiduciar ob, wenn nichts anderes

¹⁾ So noch Leist *Mancipation* S. 105.

ausgemacht ist, die Gewährspflicht zu übernehmen? Für das klassische Recht bejaht dies Degenkolb (§ 15 a. f.), für das ältere ist er zweifelhaft, weil nicht feststeht, ob nach diesem der Gläubiger bei Eintritt der Eviction nun auf den Schuldner zurückgehen konnte, ob damals schon die *actio fiduciae contraria* bestand.

Es möchte richtiger sein die Frage für das ältere und neuere Recht zu verneinen; es giebt kein Zeugniß für die Cautionspflicht des Gläubigers im klassischen Recht¹⁾, und die Natur des Pfandvertrags führt doch wohl zur entgegengesetzten Annahme. In der Zumuthung, der Gläubiger solle für das Eigenthum des Schuldners eintreten, um sich eventuell an letzterem, der ihm für die Hauptforderung ohne Pfand nicht sicher genug schien, schadlos zu halten, liegt eine Verkümmerung des Pfandrechts, welche dem Verbot des Verkaufs ziemlich nahe kommt und den Pfandcredit wesentlich beeinträchtigen würde. Bei dieser Lage kann man nicht sagen, die Wegbedingung der Gewährspflicht sei eine Verletzung der *bona fides*, für welche der Gläubiger mit der *actio fiduciae* oder der *actio pignoratitia* entsteht. Wie kann auch bei der Hypothek überall hervorgehoben werden, der Pfandgläubiger hafte nicht für Eviction, wenn er die Gewährspflicht der Regel nach hätte übernehmen müssen? und für die *bona fides* bei der *fiducia* andere Grundsätze gelten zu lassen liegt doch kein Grund vor. Die drei Clauseln unserer Tafeln enthalten also nur, was auch ohne sie Rechtens wäre.

¹⁾ Ueber die *fiducia* schweigen die Quellen, vom *pignus* sagen sie das gerade Gegentheil, vergl. Bachofen Pfandrecht XVII und insbesondere l. 22 § 4 de pign. act. (13, 7); der Rückschluß auf die *fiducia* ist unbedenklich.

Die Tafel bricht mitten im Satz ab; sie muß durch eine zweite fortgesetzt worden sein. Zunächst ist der Abschluß des Satzes nach 'neve simplam neve' mit 'duplam' (so Degenkolb) wohl sicher; im übrigen kann auf der zweiten Tafel die Herauszahlung des Mehrerlöses an den Schuldner ausgemacht¹⁾ und müssen ferner Bestimmungen über die Rückgabe der fiducia nach Wegfall der Pfandverpflichtung getroffen sein; endlich fehlt noch die Verabredung wegen des Fruchtgenusses aus dem Grundstück und des Erwerbs durch die Slaven, ob beides dem Schuldner verbleiben oder von dem Gläubiger, dem es als Eigenthümer zukam, etwa unter Anrechnung auf Zinsen und Capital eingezogen werden sollte²⁾.

Die ganze Stellung des pactum fiduciae zum Mancipationsacte, insbesondere zur nuncupatio hat Degenkolb § 17 in treffender Weise festgestellt. Unsere Urkunde zeigt, daß es weder in die Nuncupation aufgenommen wurde, noch überhaupt in einem inneren Zusammenhang mit der mancipatio stand; es bedarf auch keiner Solennität, die actio fiduciae steht zu aus dem formlosen pactum als bonae fidei contractus und zwar als Realcontract; andererseits führen aber unsere Quellen über die fiducia darauf hin, daß sie an die Eigenthums-Uebertragung durch mancipatio und in iure cessio gebunden war und nicht etwa auch an die traditio sich anlehnen konnte³⁾.

¹⁾ Paul. 2, 13, 1.

²⁾ Ueber weitere Möglichkeiten vergl. Degenkolb § 16.

³⁾ Dies hat auch Dernburg Pfandrecht I S. 10 anerkannt, doch giebt er der actio fiduciae eine abweichende Grundlage, wenn er in der Verbindung des pactum fiduciae mit mancipatio und in iure cessio eine Oeffentlichkeit und Solennität desselben sieht.

Beitrag zur Lehre von der Civilcomputation.

Es ist eine mißliche Aufgabe eine Ansicht von neuem dem juristischen Publicum zur Prüfung vorzulegen, die vor fast 30 Jahren zum ersten Mal aufgestellt worden, ohne bei den vielen Bearbeitern derselben Lehre Anerkennung zu finden. Ich meine die Auffassung der civilen Zeitrechnung, welche Bachofen in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß 18. Seite 38—80, 335—375 geltend gemacht hat, auf die ich dann auch, ehe ich seinen Aufsatz gelesen hatte, geführt wurde und die ich deshalb glaubte noch einmal in allen Einzelheiten vertheidigen zu dürfen, um so mehr, als sie bisher nicht nur keine Widerlegung, sondern nicht einmal ein Verständniß gefunden hatte. Denn was ist es anders, wenn Bachofen von den späteren durchgängig unter die Vertreter der bis dahin aufgestellten Theorieen eingereiht wird, während er doch diese alle über den Haufen zu werfen beabsichtigt hatte. Daß mein Versuch seine Ansicht zur Geltung zu bringen¹⁾ erfolglos gewesen, darf ich zunächst wohl aus der geringen Verbreitung, wie sie regelmäsig der Inauguraldissertation zu Theil wird, erklären. Ich will trotzdem den Versuch hier nicht erneuern, sondern nur durch Besprechung einer Stelle,

¹⁾ De temporum computatione Romanorum. Berolini 1861. 8.

welche, und zwar nicht uns allein, die größten Schwierigkeiten für eine befriedigende Lösung der anscheinenden Widersprüche unserer Quellen bereitete, einen Stein des Anstosses aus dem Wege zu räumen suchen.

Bachofens Ansicht über die Berechnung der Zeiträume ist in Kurzem folgende. Die Römer kennen abgesehen von dem vereinzelten Falle der l. 3 § 3 de minoribus (4, 4) nur eine Art und Weise gegebene Zeiträume für den vorliegenden Fall zu berechnen, nämlich die, daß sie nur nach Kalendertagen rechnen und die Rechnung mit demselben Tage beginnen lassen, in welchen das Ereigniß fällt, das den Ausgangspunct der betreffenden Frist bildet. Daß diese Berechnungsweise die natürlichste und einfachste ist, die sich denken läßt, wird kaum Jemand in Abrede stellen; daß die volle Einrechnung des ersten Tags die Frist um den Bruchtheil eines Tags verkürzt, ist eine Ungenauigkeit, die bei der practischen Unmöglichkeit, eine genauere Rechnung durchzuführen, gar nicht in Betracht kommen kann; die Länge der Fristen oder aber die Anwendung des *utile tempus* müssen jedes Bedenken wegen Benachtheiligung ausschließen.

Dieselbe Berechnungsweise wird nun auch theilweise von allen heutigen Juristen als die römische anerkannt; man behauptet aber ganz allgemein, daß daneben noch eine andere bestehe, nämlich die, den Ablauf der Frist schon mit dem Beginn des letzten Tages anzunehmen, also die Frist noch weiter um einen ganzen Tag zu kürzen. Einen inneren Grund für eine so wunderliche und rein willkürliche Methode aufzusuchen wäre ein vergebliches Bemühen; sie wird auf folgende Stellen zurückgeführt: l. 5 qui test. fac. poss. (28, 1), l. 1 de manumiss. (40, 1), l. 132. 134 de v. s. (50, 16).

Bachofen hat dagegen geltend gemacht, daß in diesen Stellen durchaus nicht die Frage entschieden werde, wie ein gegebener Zeitraum zu berechnen sei. Sie setzen zunächst civile Berechnung als selbstverständlich voraus, indem sie in den aufgestellten Beispielen das Ende der Frist in den Schluß des Kalendertags verlegen. Principaliter aber behandeln sie eine Interpretationsfrage, nämlich wie gewisse Ausdrücke zu verstehen seien.

So handelt es sich in l. 5 darum, ob man demjenigen, der zwar noch nicht das fünfzehnte Lebensjahr erreicht hat, der aber im letzten Tage des vierzehnten steht, testamenti factio zuerkennen darf. Ulpian erkennt ausdrücklich an, daß erst mit dem Anbruch des Geburtstages das vierzehnte Jahr überschritten sei, meint aber, der Ausdruck *complere quartum decimum annum* brauche nicht so streng genommen zu werden, daß er mit dem *excedere* zusammentreffe; man könne, auch wenn erst 364 Tage des letzten Jahres verflossen sind, von einem *complere XIV annum* sprechen.

Nicht minder unzweideutig spricht sich Ulpian in l. 1 *de manum. aus*; schon am letzten Tage des 20. Jahres soll die Fähigkeit zur Freilassung eintreten, gerade als wäre damit das 20. Lebensjahr überschritten. Daß es in Wahrheit nicht der Fall sei, deutet Ulpian nicht nur durch das '*quasi annum vicesimum compleverit*' an; er sagt am Ende der Stelle, obgleich es der letzte Tag des 20. Jahres, also nicht der erste des 21. sei, so könne man den Betreffenden doch nicht gut mehr *minor* nennen. Wie oben das Wort *complere*, so wird hier das Wort *minor* in laxer Weise gedeutet.

In den beiden Stellen aus dem Titel *de verborum significatione* behandelt Paulus die Frage, wie der Ausdruck

anniculus zu verstehen, ob dazu erst ein ganzes Jahr verflossen sein müsse, oder ob schon am 365. Tage das Kind als anniculus gelten dürfe. Paulus denkt nicht im mindesten daran zu behaupten, ein Jahr sei schon mit Ablauf des 364. Tages beendet¹⁾.

In allen diesen Stellen also steht nicht in Frage, wie der fragliche Zeitraum von einem gegebenen Zeitpunkt ab zu rechnen sei, sondern wie groß die Frist sei, die in den betreffenden Gesetzen gefordert werde²⁾. Dafs man sich in den

¹⁾ Die Herbeiziehung der *consuetudo loquendi* in l. 132 und der *Civilcomputation* in l. 134 sind freilich recht widersinnig. Ersteres erklärt man zwar so, dafs wie die Ausdrücke *ante diem X*, *post diem X* den 10. Tag selbst, nicht den 11. meinen, so auch beim *anniculus* nicht ein Ueberschreiten der Frist gefordert zu werden brauche; danach hätte sich Paulus zunächst gedacht, *anniculus* sei man *post diem CCCLXV*, und sich dann eingeredet, das stände mit den obigen Ausdrücken auf gleicher Stufe. Eher schlimmer als besser steht es mit der Beweisführung in l. 134. Paulus sagt wörtlich, schon mit Beginn des 365. Tages, nicht erst am Ende desselben könne man von *anniculus* sprechen, weil die juristische Berechnung nach Tagen, nicht nach Monaten rechne. Man sollte erwarten, dafs Paulus sage *'incipiente plane die, non exacto momento quo natus est'*, und Savigny System 4 S. 350 meint deshalb, *'exacto die'* sei eine müßige Parenthese, während Bachofen S. 75 ganz muthig so übersetzt, als bedeute *'exacto die'* den Ablauf des Tags nach der Zeitrechnung *a momento ad momentum*. Ebenso wenig, wie wir aber mit Bachofen annehmen dürfen, dafs *'dies'* in einem Athem für ganz verschiedene Dinge gebraucht sei, können wir Paulus zumuthen, dafs er eine müßige Einschiebung an einer Stelle macht, wo sie nothwendig den Sinn des Satzes in heillose Verwirrung bringen muß; das wird wohl jeder zugeben, dafs ein vernünftiger Mensch nicht so schreiben konnte, wenn er das sagen wollte, was Savigny annimmt. Die einfachste Aushilfe möchte sein *'non exacto die'* als Glosse zu streichen.

²⁾ Ueber l. 49 de c. et d. (35, 1), die auch noch von vielen als

vorliegenden Abweichungen von einer strikten Interpretation nur durch die Rücksicht auf die in Betracht kommenden Fälle hat leiten lassen und daß wir kein gemeinsames, auch auf andere Fälle anwendbares Princip daraus ableiten dürfen, diese Ansicht scheint heutzutage an Boden zu gewinnen¹⁾. Damit kommt man denn freilich, auch wenn man in den obigen Stellen Anwendungen einer besonderen Civilcomputation sieht, practisch zu demselben Resultat, wie mit der hier vertretenen Ansicht.

Zu den besprochenen Stellen gesellt sich aber noch l. 15 pr. de div. temp. praescr. (44, 3), die auch für die Usucapion eine Berechnung anzuerkennen scheint, welche die gesetzliche Frist um einen Tag kürzt. Die Stelle lautet so:

In usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilo minus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.

Auch hier eine laxe Interpretation des vom Gesetz gebrauchten Ausdrucks anzunehmen, dazu bietet weder die Stelle selbst einen Anhalt, noch läßt es sich mit dem Wortlaut der 12 Tafeln vereinigen, die als Fristen für die Usucapion annus und biennium hinstellen²⁾. Konnte jemand vernünftiger Weise behaupten, ein Jahr sei mit dem 364. Tage beendet? Außerdem wird man doch auch die Usucapion nicht

Beweis der zwiefachen Civilcomputation angeführt wird, verweise ich auf Bachofen S. 61 und § 17 der angeführten Dissertation.

¹⁾ Wächter, Handbuch des Württemberg. Privatrechts II § 121; Unger, System des österreich. Privatrechts II S. 300 f.; Windscheid, Pandecten § 103, 16.

²⁾ Cic. Top. 4, 23 pro Caec. 19, 54.

in Parallele mit den obigen Verhältnissen stellen können; ein favor usucapionis nach Maßgabe des favor libertatis liegt durchaus fern; wer dem Usucapienten auf Kosten des Eigenthümers einen Tag schenken will, für den liegt kein Grund vor, nicht bei jeder anderen Frist dieselbe Milde walten zu lassen. Positive Zeugnisse gegen diese Milde sind aber die anderen über den Ablauf der Usucapion sprechenden Zeugnisse, deren wir drei haben, eins von Scaevola bei Gellius 3, 2 und zwei von Ulpian in l. 6. 7 de usurp. (41, 3); in ihnen ist so klar, wie es nur lateinisch möglich ist, ausgesprochen, daß eine am 1. Januar begonnene Usucapion in der Mitternachtsstunde des 31. Decembers vollendet wird¹⁾.

Bachofen hat unter Anerkennung des Widerspruchs die Stelle von Venuleius geradezu aufgegeben, ich suchte sie unter Zweifeln und indem ich auf die Möglichkeit einer ungeschickten Interpolation hinwies, auf den Schluß des 31. Decembers zu deuten. Letzteres läßt sich nicht halten; dagegen glaube ich eine sichere Spur für die Interpolation gefunden zu haben. Die l. 15 ist aus Venuleius libro quinto interdictorum entnommen. Was hat aber mit einer Monographie über Interdicte die Berechnung der Usucapionsfrist zu thun. Die ganze l. 15, die nachher nur von der accessio possessionis spricht und ebenso l. 53 de acq. poss. (41, 2) aus demselben Buche, können sich, und das hat Rudorff bereits erkannt²⁾, nur auf das interdictum Utrubi bezogen haben. Bei diesem gestaltet sich aber die Frage wegen der Zeitberechnung ganz anders als bei der Usucapion, hier ist kein fester Zeitraum gegeben,

¹⁾ Die Versuche, diese Stellen auf den Schluß des 30. Decembers zu deuten, gehen über die Grenzen erlaubter Interpretation hinaus.

²⁾ De iurisdictione edictum § 268 n. 1.

sondern es wird nachgerechnet, wer im letzten Jahre am längsten Besitzer gewesen. Gerade für den letzten Tag, sei es derjenige, an welchem das Interdict erlassen, oder der, an welchem eine der Parteien den Besitz verloren, mußte entschieden werden, ob er auch im kleinsten Bruchtheile als ganzer Tag zur Anrechnung komme. Aus dem Principe der Civilcomputation folgte die Bejahung der Frage, und so entschied Venuleius. Die Compileren aber haben, um das Fragment benutzen zu können, die Beziehung auf das interdictum Utrubi getilgt und an seine Stelle die Usucapion gesetzt, auf die dann ihrer Absicht nach auch die folgenden Abschnitte der l. 15 gehen.

Ob es möglich ist annähernd den ursprünglichen Text herzustellen, ist kaum zu sagen. Venuleius mag gesagt haben, beim interdictum Utrubi werde es so gehalten, daß, wenn auch nur an einem ganz kleinen Theile des letzten Tages besessen sei, doch dieser Tag dem Besitzer angerechnet werde, daß man die Rechnung nicht mit dem letzten ganzen Tage abschliesse.

Hiernach bedarf es kaum des Hinweises darauf, daß uns l. 15 weder an der Civilcomputation noch an dem Umfange Usucapionsfristen irre machen darf, daß sie neben l. 6. 7 de usurp. unberücksichtigt bleiben muß.

Ueber die deductio quae moribus fit und die vis im interdictum Uti possidetis.

Die Versuche, die Bedeutung der deductio quae moribus fit, wie wir sie aus Cicero's Reden pro Caecina und pro Tullio kennen, zu bestimmen sind seit der von Savigny gegebenen Anregung wiederholt erneuert worden, ohne daß man einer Einigung näher gerückt wäre; ja gerade eine der neuesten Arbeiten entfernt sich am weitesten von der Auffassung Savigny's. Es soll deshalb der Versuch gemacht werden durch eine nochmalige Prüfung der heute sich gegenüberstehenden Meinungen einen festeren Boden zu gewinnen.

Es sind im ganzen folgende Ansichten aufgestellt worden. Savigny¹⁾ bezieht die deductio quae moribus fit auf die rei vindicatio in Form der legis actio per sacramentum, in der sie zur Vorbereitung des manum conserere diene. Letzteres wäre einmal in der Weise vollzogen, wie es Gellius 20, 10 schildert, also daß die Partheien nach begonnener legis actio ohne den Prätor nach dem Grundstücke gingen und von dort die dasselbe vertretende Scholle abholten; so bei nahe gelegenen Grundstücken. Bei entfernten hingegen hätten

¹⁾ Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft 3 (1817). S. 421 ff.

die Parteien, um eine zu grofse Unterbrechung der Verhandlungen, wie sie jene Formalität mit sich bringen mufste, zu vermeiden, vor dem Beginn des Verfahrens in iure auf Verabredung die deductio auf dem Grundstücke vollzogen und die Scholle gleich mit nach Rom gebracht. Darauf beziehe sich die Beschreibung der legis actio bei Cicero pro Murena 12.

Der Auffassung Savigny's folgte zunächst Huschke¹⁾; er hob noch hervor, dafs das vindicias dicere, welches nach der Savigny noch unbekannten Darstellung von Gaius 4, 16 stets den Schlufspunct der Vindication bildete, durch die deductio in keiner Weise beeinflufst wurde, dafs die Entscheidung über den einstweiligen Besitz ganz im Ermessen des Prätors lag, gleichviel wer der deducens gewesen sei.

Als Gegner Savigny's trat zuerst Keller auf²⁾. Er machte geltend, dafs, wenn die deductio q. m. f. weiter keine Bedeutung hätte, als die Erdscholle herbeizuschaffen, dazu besondere Förmlichkeiten abgesehen von der Zuziehung der Zeugen nicht recht pafsten, am wenigsten solche, wie sie in der deductio lagen; diese drückten etwas ganz anderes aus, nämlich eine Anmafsung des Besitzes und siegreiche Abwehr derselben mittelst gewaltsamer Abführung des Eindringlings durch den Besitzer.

Keller selbst hält an der Verbindung der deductio mit der rei vindicatio fest, erklärt sie aber für die Vorbereitung der actio in rem per sponsionem. Wie diese in ihrem Ausgang, der stipulatio pro praede litis et vindiciarum und der

¹⁾ In den *Analecta litteraria*, curante J. G. Huschke. 1826. S. 129 f.

²⁾ *Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft* 11 (1842). S. 287 ff.

sponsio dem Abschlufs der legis actio in den praedes litis et vindiciarum und dem sacramentum entspreche, so sei es wahrscheinlich, dafs auch in den voraufgehenden Verhandlungen sich Anklänge an jene wiederfänden. Im Gegensatz zu Huschke schliesst Keller aus dem Hergang der deductio, dafs sie eine Anerkennung des gegenwärtigen Besitzes in der Person des deducens in sich schliesse¹⁾, so dafs also mit ihr und der sich anschliessenden promissio vadimonii, wie sie von Tullius und Aebutius übernommen wird²⁾, das Verfahren gerade so weit gefördert wäre, als es in der legis actio durch die manus consortae gediehen war. Das vadimonium entspricht der in ius vocatio, die deductio dem Kampfe der Parteien und der Entscheidung des Prätor über die Vindicien. Dies Verfahren paßt nun freilich nur auf den Fall, dafs die Parteien über den Besitz einig sind; wo dies nicht zutraf, wurde die Besitzfrage zunächst durch das interdictum Uti possidetis entschieden, welches somit gleichfalls das manus conserere und vindicias dicere ersetzte³⁾.

Der Keller'schen Auffassung wurde sofort widersprochen

¹⁾ Dieser Gedanke findet sich schon bei Heffter, Institutionen des Civilprocesses (1825) S. 339.

²⁾ Pro Tullio c. 20, pro Caecina c. 7.

³⁾ Bei der hier gegebenen Auffassung ist Keller auch in dem Commentar zur Rede pro Caecina Semestria II (1843) S. 366 ff. stehen geblieben. Wenn er S. 372 die Wirkung der deductio auf die Besitzfrage nicht mehr in vollem Masse anerkennt, so bezieht sich das nur darauf, dafs der deductus noch immer die rei vindicatio fallen lassen und auf die Geltendmachung seines Besitzes zurückgreifen kann nach l. 12 § 1 de acquir. poss. (41, 2); in der rei vindicatio selbst soll er stets als Nichtbesitzer gelten. Deshalb ist der Einwand Karlowa's, Beiträge S. 26, nicht zutreffend.

von Rudorff¹⁾. Den Einwand, daß die in der deductio liegende Einigung über die Besitzfrage unvereinbar sei mit der Entscheidung derselben durch den Prätor in dem vindicias dicere der actio per sacramentum, widerlegt er durch die Vermuthung, daß die letztere, wo jene voraufging, gar nicht eingetreten sei, daß sie nur bei streitigem Besitz stattfand. Mit dieser Modification hält er an Savigny's Annahme fest.

Wetzell²⁾ griff darauf einen anderen Punct der Keller'schen Deduction an, die Behauptung, daß die deductio auf Einigung der Parteien über den gegenwärtigen Besitz beruhe. Er nimmt, wie Huschke an, daß die Rollen in der deductio einer späteren Entscheidung über denselben nicht vorgriffen, vielmehr möge auch im Sponsionsverfahren, auf welches er mit Keller die deductio bezieht, das vindicias dicere stattgefunden haben, während der Zweck der deductio nur war die Identität des Streitobjects durch unmittelbare Nähe festzustellen.

In der Anzeige von Wetzell's Buch³⁾ nimmt v. d. Pfordten Kellers Ansicht in Schutz; nach Wetzell's Auffassung sei das in der deductio liegende Symbol ganz nichtssagend, der Zweck, den dieser hineinlege, hätte sich auf viel einfachere Weise erreichen lassen⁴⁾.

¹⁾ Jahrbücher für wissensch. Kritik. 1843. S. 602 f. und damit übereinstimmend Rudorff, Rechtsgeschichte 2 § 36.

²⁾ Vindicationsproceß. 1845. S. 84 f.

³⁾ Kritische Jahrbücher von Richter. 1846. S. 40.

⁴⁾ Mit der Erweiterung, welche v. d. Pfordten der Keller'schen Ansicht giebt, daß die deductio nicht bloß im Fall der Einigung, sondern auch dann zur Anwendung komme, wenn die Parteien auf gütliche Weise unter Zuziehung von Freunden die Besitzfrage wie in einem

Der Streit über die Bedeutung der deductio wurde demnächst wieder aufgenommen von Huschke¹⁾. Unter Preisgebung seiner früheren Ansicht tritt er auf die Seite Keller's, indem er ganz wie dieser die Besitzfrage bei der in rem actio per sponsionem theils durch die deductio, theils durch das interdictum Uti possidetis entscheiden läßt. Nur darin weicht er ab, daß er die Entstehung der in rem actio per sponsionem mit Stintzing schon in der Zeit der legis actiones verlegt und die Sponsionssumme mit der arbitri postulatio einklagen läßt. Daß sich letztere mit einer actio certa ex sponsione vertrage, wird ihm schwerlich jemand zugeben. Stintzing's Vermuthung, daß es eine actio in rem per sponsionem schon zur Zeit der legis actiones gegeben, stützte sich allein auf Gai. 4, 95, wo aber mit der sponsio von 125 Sesterzen das auf die Silberwährung reducirte sacramentum gemeint ist²⁾, und auf die sich selbst widersprechende Be-

Schiedsgericht untersuchen und zum Austrag bringen wollten, ist nichts rechtes anzufangen. Große praktische Bedeutung könnte dieses Institut schwerlich gehabt haben; in dem Formalacte der deductio selbst kann aber auch eine solche Untersuchung und Entscheidung nicht verkörpert gewesen sein, beides mußte voraufgehen, so daß man nicht recht einsieht, worin der wesentliche Unterschied zwischen dem von Anfang an unbestrittenen Besitz und der nachträglich darüber auf dem gedachten Wege erzielten Einigung liegen soll. Ueber ein weiteres Bedenken vergl. Karlowa, Beiträge S. 25.

¹⁾ Gaius. Beiträge zur Kritik. 1855. S. 188 ff.

²⁾ Was Stintzing, Verhältniß der legis actio sacr. S. 50 gegen die Identität der summa sponsionis mit dem sacramentum geltend macht, daß doch die Parteien darauf keinen Anspruch erheben könnten, ist ebenso wenig durchgreifend, als wenn man bei einer actio popularis es bemängeln wollte, daß vom Kläger der Ausdruck petere gebraucht wird,

hauptung, die *actio in rem per sponsionem* sei in Wahrheit eine *actio in personam* gewesen¹⁾.

obgleich er die Strafsumme zunächst nicht für sich einklagt. Wie Bethmann-Hollweg, *Civilproceß* 2 § 88, 15 zu einem neuen sacramentum von 1000 asses (= 125 Sesterzen?) gekommen ist, läßt sich nicht erkennen. Die Summe von 125 Sesterzen beruht ganz einfach auf der im zweiten punischen Kriege getroffenen Neuerung, daß der Denar 16 asses, der Sesterz 4 asses gelten solle (Plinius 33, 13, 45). Was wir als den Inhalt der *lex Crepereia* (so liest auch Studemund) annehmen müssen, ist wesentlich durch die Frage nach dem Alter des Centumviralgerichts bedingt; doch darf es wohl als ausgemacht gelten, daß das höhere Sacrament stets Voraussetzung für die Competenz desselben war.

¹⁾ Gegen Stintzing vergl. Keller, *Röm. Civilproceß* § 25. 27; Rudorff, *Rechtsgeschichte* II § 37, 8. Uebrigens wird man nicht bloß bei den obigen Hauptpunkten irre an dem größeren inneren Zusammenhang, den Huschke in Note 196 für seine Entwicklung in Anspruch nimmt. Er geht zunächst davon aus, daß in der *legis actio* jede Partei ihr Recht eigenmächtig vor der zur Hülfe angegangenen Obrigkeit geltend macht. Damit kann nicht bloß gemeint sein, in der *legis actio* habe der Magistrat keine Einwirkung auf die Formulirung der *actio*, vielmehr will er sagen, derselbe könne den Kläger nicht durch *dnegatio actionis* an der Geltendmachung seines Rechts hindern; dazu vergleiche man Val. Max. 7, 7, 5 und Cic. in Verr. 2, 2, 16, 39. Dann soll in der *vindicatio* eine Besitzhandlung liegen, trotzdem sie im älteren Proceß vom Nichtbesitzer ebenso wie vom Besitzer, im späteren nur vom ersteren ausgeht. Daran schließt sich der Satz, der Kläger müßte nicht bloß den Beklagten, sondern auch das Streitobject vor Gericht bringen; sollen denn aber die Grundsätze, aus denen sich die *actio ad exhibendum* entwickelte, nicht auch bei den *legis actiones* zur Anwendung gekommen sein? und weist nicht auf die Pflicht des Beklagten auch das *manum consortum vocare*, wobei nicht der Kläger, sondern der Befehl des Prätor den Beklagten zum Gang nach dem Grundstück nöthigt? (Bethmann-Hollweg, *Civilproc.* § 39, 8 beruft sich für dieselbe Ansicht auf Liv. 3, 44; aber die Ergreifung der Verginia würde, wenn sie

Der nächste in der Reihe ist Witte¹⁾. Von Keller übernimmt er die Ansicht, daß die deductio über den Besitz entscheide, gegenüber Rudorff führt er aus, daß das vindicias dicere stets den Schlufspunct der legis actio bildete²⁾ und auch bei unstreitigem Besitz nicht wegbleiben konnte. Trotzdem soll die deductio um ihres alterthümlichen Aussehens willen der legis actio angehören; indem sie die Einigung der Parteien über den einstweiligen Besitz zum Ausdruck brachte, hätte sie den Prätor beim vindicias dicere gebunden; er war genöthigt sie dem deducens zu ertheilen.

nicht als vindicatio e libertate in servitutum an sich schon eine von der gewöhnlichen vindicatio abweichende Gestaltung bedingen mußte, doch nur für das Können, nicht für das Müssen beweisen). Darauf kommt die Ansicht, daß der Prätor die vindiciae nach denselben Grundsätzen, die später für das interdictum Uti possidetis aufgestellt wurden, ertheilt und damit über die Parteirollen entschieden habe. Auch diese bisher freilich fast allgemeine Ansicht ist heutzutage widerlegt (s. u.); Huschke schließt aber daran noch die Bemerkung, die actio in rem per sacramentum sei schon deswegen kein iudicium duplex, weil von jeder Seite nur ein sacramentum bestellt wurde. Man sollte meinen, die Zweiseitigkeit sei zur Genüge darin ausgeprägt, daß jede Partei ein eignes Recht behaupten muß; wofür soll denn jeder Theil das sacramentum einsetzen, als für diese eine Behauptung, die schon die Verneinung der des anderen in sich schießt? Endlich muß Huschke noch behaupten, daß zu Cicero's Zeit alle Vindicationen vor die Centumvirn gehörten, was die Nachrichten über den Verfall dieses Gerichtshofs nichts weniger als wahrscheinlich machen.

¹⁾ Das Interdictum Uti possidetis. 1863. S. 31 ff.

²⁾ Witte beruft sich auf den Ausdruck vindicatio und die Darstellung der in rem actio bei Cicero, Gaius, Gellius; schlagender ist der aus dem Formular der legis actio hergenommene Beweis bei Karlowa, Beiträge S. 22.

Die letzten beiden Erklärer der *deductio quae moribus fit*, deren Arbeiten gleichzeitig und unabhängig von einander schienen, sind in der Verwerfung der bisherigen Ansichten einig; im positiven Resultat gehen sie weit auseinander¹⁾.

Bethmann-Hollweg²⁾ hält die Verbindung der *deductio* mit der *actio in rem per sponsionem* aufrecht, obgleich er annimmt, daß in gleicher Weise schon das *manus conserere* in der *legis actio* vollzogen wurde³⁾. Gegen letzteres ist zu bemerken, daß wenn sich auch der Gedanke nicht abweisen läßt, daß das *festucam imponere* als Zeichen des Kampfes, wie es bei beweglichen Sachen zur Anwendung kommt, auf Grundstücke nicht recht passe, doch auch die durch Verabredung festgestellte *deductio* des einen durch den anderen

¹⁾ In neuester Zeit hat auch noch Leist in dem Erbrechtsbesitz (1870) § 1598 *b* die *deductio* besprochen; doch geht er, ohne die oben genannten Darstellungen zu kennen oder zu berücksichtigen, von den hier widerlegten Auffassungen der *vindiciae* und der in der *deductio* liegenden Entscheidung über den Besitz aus.

²⁾ Civilproceß 2 (1865) § 89.

³⁾ Aehnlich Puchta, Institutionen 2 § 161 Note *q*; während er aber hier anscheinend mit Rudorff übereinstimmt, giebt er in § 225 Note *e* der *deductio* ganz wie dem *vindicias dicere* eine rein formale Bedeutung; beide seien früher vom Ermessen des Prätor, später von dem Resultat des *interdictum Uti possidetis* abhängig gewesen. Das würde voraussetzen, daß in den beiden Fällen bei Cicero der *Interdicts-proceß* vorausgegangen war, was augenscheinlich nicht der Fall war, oder daß die Parteien über die Besitzfrage einig waren, was ebenso wenig zutrifft. Für ein hohes Alter der *deductio* könnte die Analogie der attischen *ἐξαγωγή* geltend gemacht werden, welche der *Vindication*, der *δίκη ἐξούλης*, vorausging; vergl. Meier und Schömann, Der attische Proceß S. 372 und Franz Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griech. und röm. Rechts (Wien 1870) S. 126.

sich dazu nicht eigne. Kommen beide Parteien mit dem Prätor auf das Grundstück, so sollte man erwarten, daß jeder von beiden seine Macht als Eigenthümer zeigen will und daß der Prätor nicht erst wartet, bis der eine der fingirten Uebermacht hat weichen müssen. Des weiteren nimmt Bethmann-Hollweg den zuerst von Huschke, dann von Wetzell vertheidigten Satz auf, daß die deductio weder über den Besitz noch über die Parteirollen entschied. War der Besitz unter den Parteien streitig, so mußte zunächst darüber durch das interdictum Uti possidetis entschieden werden, ehe die actio per sponsionem ihren Fortgang nehmen konnte. Damit schneidet Bethmann-Hollweg von vornherein einen Einwand ab, welcher mit Recht der Keller'schen Auffassung von Karlowa¹⁾ entgegengestellt worden, daß, wenn in der deductio die Formalidee festgehalten sei, die rei vindicatio werde durch eine symbolische Gewalt eingeleitet, diese nicht in dem einen Falle da sein, im anderen fehlen dürfe. Auch das gilt gegen Bethmann-Hollweg nicht, daß das Symbol nicht dem entspreche, was es ausdrücken soll; eine Anerkennung des Besitzes in der Person des Gegners, wie sie Keller voraussetzt, kann nicht darin liegen, daß man von demselben hinausgeworfen wird²⁾; Bethmann-Hollweg sieht darin nur, daß jeder sein Recht, Eigenthum wie Besitz, behauptet und nur der eine zunächst der Uebermacht weicht.

Karlowa hat der deductio eine eigne Abhandlung gewidmet, die auch für die actio in rem per sacramentum manche dankenswerthe Aufschlüsse giebt. Davon gehört hierher die überzeugende Ausführung³⁾, daß das vindicias dicere

¹⁾ Beiträge S. 25 f. ²⁾ Karlowa a. a. O.

³⁾ Beiträge S. 53. Dieser Ansicht sind neuerdings beigetreten

nicht eine Entscheidung der Parteirollen in sich geschlossen habe, so daß die vindicatio dadurch aus einer actio duplex zu einer einseitigen Klage desjenigen geworden wäre, dem die vindiciae abgesprochen worden. Ebenso wenig soll auch (und darin stimmt Karlowa mit Bethmann-Hollweg überein) die deductio die Parteirollen im zukünftigen Prozesse bestimmt haben. Dieser letztere ist ihm aber nicht die rei vindicatio, sondern das interdictum Uti possidetis. Dafür stützt er sich auf die Worte Cicero's pro Caec. 1, 2: 'quoniam si facta vis esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset'¹⁾. Diese könnten nicht mit Keller²⁾ auf die Behauptung im Besitz durch die Vindication bezogen werden, sie seien gerade technische Bezeichnung für den Besitzstreit³⁾. Außerdem lasse sich aus anderen Andeutungen insbesondere in der Rede pro Caecina ersehen, daß die Parteien zunächst nicht über das Eigenthum, sondern über

Ihering, Ueber den Grund des Besitzschutzes (1868) S. 72 (2. Aufl.), der hier, wenn ich recht sehe, seine frühere Ansicht (Geist des Röm. Rechts 3 § 52) zurückgenommen hat, daß vindicatio und contravindicatio die Parteivollen feststellten, und Eck, die sog. doppelseitigen Klagen (1870) S. 10 f.

¹⁾ Die ganze Stelle lautet so: 'Nisi forte hoc rationis habuit (Aebutius), quoniam, si facta vis esset moribus, superior in possessione retinenda non fuisset, quia contra ius moremque facta sit, A. Caecinam cum amicis metu perterritum profugisse: nunc quoque in iudicio, si causa more institutoque omnium defendatur, nos inferiores in agendo non futuros, sin a consuetudine recedatur, se, quo impudentius egerit, hoc superiorem discessurum'. In der Mitte sollte stehen: 'A. Caecina cum amicis metu perterritus profugisset'.

²⁾ Zeitschrift 11 S. 297 N. 17.

³⁾ Schon Wetzell, Vindicationsproceß S. 86, hat die Keller'sche Auslegung der obigen Worte aufgegeben.

den Besitz stritten. Daraus folgert er, daß dem *interdictum Uti possidetis* als Einleitung eine *vis ex conventu* in Form der *deductio* voraufgehen mußte.

Von den aufgestellten Meinungen kann diejenige Savigny's heutzutage als widerlegt gelten. Es fragt sich nur, ob Keller und Bethmann-Hollweg oder Karlowa Recht haben.

Daß die Partheien in den beiden Processen über den Besitz einig gewesen, wie Keller meint, kann unbedingt nicht zugegeben werden. Es bedarf kaum des Hinweises auf die von Karlowa gesammelten Stellen, die ganze Sachlage läßt erkennen, daß die Gegner sich in jeder nur möglichen Weise das Gebiet streitig machen, und eine Nöthigung den Besitz des einen oder anderen als unbestreitbar anzuerkennen lag in beiden Fällen nicht vor.

Damit fällt auch die weitere Annahme Kellers, die *deductio* sei eine private Einigung über den Besitz während des Processes. Wäre das der Fall, so hätte Fabius es dem Tullius sicher nicht freigestellt, welche Rolle er übernehmen wolle¹⁾, Caecina hätte sich nicht sofort bereit erklärt der *deductus* sein zu wollen²⁾, und wäre es nicht unter derselben Voraussetzung geradezu albern gewesen, daß Cicero den Beweis antritt, Caecina sei vor dem Gewaltact Besitzer gewesen?³⁾

Der einzige Grund, den Keller für sich geltend machen kann, ist der, daß nur einer von beiden Theilen das *vadium* verspricht und zwar derjenige, der dem Hergang der *deductio* nach der Sieger ist⁴⁾. Da die Lage beider Theile trotz der *deductio* dieselbe bleibt, so sollte man er-

¹⁾ Pro Tullio 20. ²⁾ Pro Caecina 7, 20.

³⁾ Pro Caecina c. 32, 94. 95.

⁴⁾ So auch v. d. Pfordten in den kritischen Jahrbüchern 19 S. 40.

warten, daß jeder dem Gegner sein Erscheinen vor dem Prätor durch vadimonium zusichert. Eigenthümlich ist diese Einseitigkeit jedenfalls; vielleicht läßt sie sich so erklären. Mit der Bestellung des vadimonium zur Abwehr der in ius vocatio war die Verpflichtung des Beklagten zum Erscheinen vor dem Prätor gesichert; wäre denn diese aber nach der deductio nicht auch ohne vadimonium für beide Theile festgestellt? In der rei vindicatio liegt dem Beklagten ja nur ob entweder die Vertheidigung zu übernehmen oder die Sache preis zu geben. Sobald man aber die actio per spon- sionem mit der deductio als Einleitungsform anerkennt, so gehört es an sich zur gehörigen defensio, daß beide Parteien an dem verabredeten Tage vor dem Prätor erscheinen, um dort den Proceß weiter zu führen. Das vadimonium würde auch nicht mehr als das Interesse des Gegners umfaßt haben¹⁾, und dies besteht beim Ausbleiben des Bestellers darin den Besitz der Sache zu bekommen. Diesen gewährt ihm aber der Prätor ohnehin durch nunmehrigen Erlass des interdictum Quem fundum. Warum wurde also überhaupt das vadimonium angewendet? Vermuthlich nur deshalb, weil eine Verabredung über den Tag, wo der Streit vor dem Prätor aufgenommen werden sollte, jedenfalls stattfinden mußte; diese kleidete man aber in die dafür gebräuchliche Form des vadimonium und legte es demjenigen auf, der nach dem Hergang der deductio der Stellung des Beklagten am nächsten stand. Das vadimonium hatte also factisch nur den Zweck, die Einigung der Parteien über den Termin auszusprechen.

¹⁾ Keller, Civilproceß § 47 N. 550; Bethmann-Hollweg, Civilproceß 2 § 83, 14.

Dies wäre die Widerlegung des obigen Einwurfes vom Standpuncte Bethmann-Hollwegs aus. Genau dasselbe könnte auch Karlowa sagen, denn in dem Umfang der Defensionspflicht und dem Eingreifen des *secundarium interdictum*, wo jene vernachlässigt wird, stehen *rei vindicatio* und *interdictum Uti possidetis* sich völlig gleich.

Wir können also jetzt sagen, die *deductio* als Einleitung der *actio in rem per sponsionem* läßt sich nur in der Weise festhalten, wie es von Bethmann-Hollweg geschehen. Dann kann man auch nicht einwerfen, daß Cicero pro Caecina zunächst nur vom Besitzstreit redet, denn dieser würde ja auch der weiteren Regulirung des Eigenthumsprocesses voraufgehen. Ja es ist an sich sachgemäßer, daß die Partheien, die sich Besitz und Eigenthum streitig machen wollen, von vornherein gleich die *rei vindicatio* einleiten.

Dagegen ist noch sehr in Erwägung zu ziehen, ob sich denn mit dem *interdictum Uti possidetis* eine voraufgehende *vis ex conventu* vertrage. Die Entscheidung darüber wird durch zwei Vorfragen bedingt, einmal: wie hat sich das *interdictum Uti possidetis* entwickelt? und zweitens: muß um der Schlußworte des Interdicts willen '*vim fieri veto*' dem Erlaß desselben noch eine Gewalthandlung nachfolgen? Beide Fragen sind bekanntlich im höchsten Grade bestritten.

Hinsichtlich des Ursprungs des *interdictum Uti possidetis* stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Die eine nimmt an, daß dasselbe sich erst im Formularproceß entwickelt habe, und zwar gleichzeitig mit der *actio in rem per sponsionem*, in der es das *vindicias dicere der legis actio sacramento* ersetzte. Man hatte eingesehen, daß die völlige Nichtbeachtung der Besitzverhältnisse, wie sie in der *actio per*

sacramentum durchgeführt war, eine Unbilligkeit gegen den Besitzer enthielt. Das thatsächliche Verhältniß, das in seiner Person vorhanden war, berechtigte ihn einen Vorzug vor demjenigen zu beanspruchen, der ihm nichts als die auch von ihm selbst erhobene Behauptung entgegensetzte, daß er Eigenthümer sei. Ein Vorrecht auf die *vindiciae* wäre ganz unzulänglich gewesen; er hätte trotzdem ganz wie sein Gegner den Eigenthumsbeweis erbringen müssen, für den der Besitz während des Processes nicht die geringste Bedeutung hatte. Nur damit konnte ein Vorrecht für ihn geschaffen werden, daß man die Möglichkeit ausschloß den Besitzer durch einen Gegner verdrängen zu lassen, dem es nur gelungen war seinem Anspruch eine grössere Wahrscheinlichkeit zu verleihen, ohne doch einen vollen Beweis seines Eigenthums geführt zu haben. Indem man also den unvollständigen Beweis ausschloß und den Besitzer diesem gegenüber von dem Gegenbeweise entband, bekam man die einseitige *rei vindicatio*, wie sie uns in der *actio per sponsionem* zuerst begegnet. Sie war erst dann möglich, wenn bereits die Parteirollen, also die Frage, wer Besitzer sei, entschieden war; für diese Vorentscheidung stellte der Prätor die Grundsätze durch die genannten *interdicta redinendae possessionis* fest. Damit war dann auch eine Fortentwicklung dieses Besitzschutzes von selbst gegeben. Wer seine ganze Hoffnung auf eine Entscheidung zu Gunsten seines Besitzes gesetzt hatte, weil er wußte, daß er den Beweis für sein Eigenthum nicht zu erbringen vermag, wird es nach dem Unterliegen im *Interdict* nicht zur *rei vindicatio* kommen lassen. So gewann der Besitzstreit eine von dieser unabhängige Bedeutung und es war kaum noch eine Neuerung, daß man nun die beiden *Interdicte* auch da zuließ,

wo von vornherein der Streit nicht auf die Möglichkeit einer nachfolgenden Vindication angelegt war.

Diese Entwicklung der beiden Interdicte stützt sich auf das Zeugniß der römischen Juristen selbst, soweit sich dieselben über ihren Ursprung ausgesprochen haben. So sagt Gai. 4, 148:

Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat; cuius rei gratia comparata sunt UTI POSSIDETIS et UTRUBI.

Hieraus scheint der Anfang von § 4 J. de interdictis geflossen zu sein:

Retinendae possessionis causa comparata sunt interdicta UTI POSSIDETIS et UTRUBI, cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia sit et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat.

Gegen beide Stellen wird geltend gemacht, 'comparata sunt' heiße nichts weiter, als 'sie ständen zur Seite' oder 'sie seien bereit'; diesen Sinn kann allerdings das Präsens haben, aber findet sich je das Perfectum in dieser Bedeutung und hat, was doch entscheidend ist, Gaius comparare je so gebraucht?¹⁾

Neben Gaius tritt Ulpian als Zeuge auf in l. 1 § 2. 3 Uti possidetis (43, 17):

Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate. Fieri etenim

¹⁾ Man vergleiche Gai. 4, 70. 71 (wo 'comparavit' auf einer Linie steht mit 'proditae' in § 75 und 'constitutae' in § 76) 171 (in eam rem prospexit et comparavit interdicta); unentschieden Gai. 4, 143.

potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. (§ 3) Inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est; ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille, *quem convenit non possidere*¹⁾, petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, *de*²⁾ cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur³⁾.

Die Gegner der obigen Entwicklung halten die Nachricht

¹⁾ 'quem convenit non possidere' ergänzt Mommsen.

²⁾ 'in' statt 'de' Flor.

³⁾ Schon Savigny, Besitz § 36 (7. Aufl. S. 393 N. 3) erklärt es für ungerechtfertigt die Anfangsworte so aufzufassen, als hätte nur die Nothwendigkeit die Institute des Eigenthums und Besitzes aus einander zu halten Anlaß zum Interdict gegeben; er betont mit Recht den Zusammenhang der ganzen Stelle, wonach Ulpian nur meinen konnte, die Nothwendigkeit, den Besitzstreit abgesondert von dem Eigenthumsproceß zum Austrag zu bringen, habe die Aufstellung des Interdicts veranlaßt. Da jetzt Witte, Interdictum Uti possid. S. 30 die entgegenstehende Meinung wieder aufgenommen hat, so mag es nicht unnöthig sein darauf hinzuweisen, daß die Trennung der Stelle in zwei Abschnitte, die schon um der Partikeln igitur und ergo willen unzulässig ist, jeden äußeren Schein verliert, wenn man beachtet, daß der Schluß von § 2 nur Einleitung zu § 3 ist, daß also, wenn man überhaupt eine Abtheilung machen will, der § 3 mit 'fieri etenim' anfangen muß. Wie aber Witte und Rudorff zu Savigny S. 692 daneben auch die Erklärung für zulässig halten können, Ulpian lege die practische Bedeutung des Interdictes vorzugsweise in die Ordnung der Parteirollen bei den Vindicationen, ist gegenüber den Worten 'proponendi causa fuit' unbegreiflich.

von Gaius und Ulpian für unvereinbar mit dem, was wir sonst von den beiden Interdicten wissen, so wie mit dem Charakter derselben. Sie machen geltend, daß beide gewiß schon zur Zeit der Legisactionen existirt hätten, daß sie Anwendung fänden in Fällen, in denen an Vorbereitung der Vindication nicht zu denken sei; endlich soll der Charakter des prohibitorischen Interdicts darauf hinweisen, daß die obige Anwendung eine künstliche sei. Das 'vim fieri veto' setze als ursprüngliche Anwendung den Schutz gegen Gewalt voraus; beide Interdicte wurden deshalb als simplices erlassen. Als aber ihre Uebertragung auf die Vorbereitung der Vindication die Abfassung als duplices nöthig machte, wandte man diese Form, die an sich auch den übrigen Fällen Rechnung trug, allgemein an und liefs demnächst die Form als simplices aus dem Edict ganz fort, so daß beide Interdicte in unseren Quellen nur als duplices erscheinen¹⁾.

Der Behauptung, beide Interdicte seien dem Formularproceß vorausgegangen, liegt eine mögliche Anspielung auf das Utrubi bei Plautus zu Grunde²⁾. Aber wer sagt uns, daß dieses Stück vor der lex Aebutia geschrieben sei? Der ent-

¹⁾ Diese Entwicklung hat Rudorff (Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. 11 S. 334 ff.) zur Vertheidigung von Savigny aufgestellt; beigetreten sind Schmidt (Interdicte S. 186 und Heidelberger Jahrbücher Bd. 56 S. 691) und Dernburg (Kritische Vierteljahrschrift 5 S. 519). Die weitere Vermuthung Savigny's, daß das Uti possidetis sich zunächst auf den Besitz am ager publicus bezogen habe, scheint von Rudorff nach dem Zusatze in der 7. Ausgabe von Savigny's Besitz S. 633 aufgegeben zu sein.

²⁾ Stichus 5, 4, 14: Amicae uter utrubi adcumbamus? — Abi tu sane superior; vergl. 5, 5, 9: Utrubi adcumbo? — Utrubi tu vis — Cum ambobus volo, nam ambos amo.

gegengesetzten Annahme steht auch nicht das geringste im Wege¹⁾).

Dafs sich hingegen neben der Anwendung des Uti possidetis zur Einleitung der Vindication auch Fälle finden, in denen es bestimmt ist lediglich einen Besitzstreit zum Austrag zu bringen, das läfst sich nicht ableugnen. Aber wenn man auch nicht so weit gehen will diese Anwendung erst der Zeit nach Gaius zuzuschreiben²⁾, so ist doch nicht abzusehen, warum gerade diese Fälle entgegen dem Zeugniß der römischen Juristen als die ursprünglichen angesehen werden sollen. Wie wenig der Besitz als solcher anerkannt war, zeigt doch zur Genüge die Mißachtung desselben in der vindicatio per sacramentum. Ist es da nicht wahrscheinlicher, dafs man den Besitzer ursprünglich auf die petitorischen und die Delictsklagen beschränkt habe? Das soll aber widerlegt werden durch das 'vim fieri veto', das nur auf den Schutz des Besitzes gegen wirkliche Störungen passe und auf unseren Fall erst künstlich übertragen sei³⁾. Damit sind wir auf die zweite oben aufgestellte Frage geführt.

Der Streit darüber, ob das interdictum Uti possidetis in seiner Bestimmung über den gegenwärtigen Besitz zu entscheiden, einer vis ex conventu bedürfe, damit den Schlussworten vim fieri veto entsprochen werde, ist jetzt durch die maßgebendste Autorität, nämlich durch Gaius selbst entschieden, und zwar zu Gunsten der von Bruns aufgestellten Ver-

¹⁾ Der Stichus ist nach einer früher schon von Ritschl aus dem Mailänder Palimpsesten entnommenen Notiz, die durch Studemunds Lesung bestätigt worden, im Jahre 554 der Stadt aufgeführt.

²⁾ Bruns, Recht des Besitzes S. 47.

³⁾ Schmidt, Interdictenverfahren S. 55.

muthung. Leider ist die Seite 243, welche den der fructus licitatio voraufgehenden Theil der Verhandlung in iure enthielt, auch den Augen Studemunds bis auf wenige Worte und Buchstaben unlesbar geblieben. Was wir aber brauchen, finden wir auf Seite 246, deren Anfang bis auf einige kleinere Lücken vollständig entziffert ist. Auf der vorgehenden Seite beginnt § 170 so:

Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant atque ob id non poterat res expediri, praetor
und darauf folgt:

in eam rem prospexit et comparavit interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur: quorum *vis et potestas haec est, ut, qui*¹⁾ cetera ex interdicto non faciat²⁾, velut qui vim non faciat, aut fructus non liceatur³⁾, aut qui fructus licitationis satis non det⁴⁾, aut si sponsiones non faciat sponsionumve⁵⁾ iudicia non accipiat, sive possideat, restituat⁶⁾ adversario possessionem, *sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat*^{7).}

Darauf folgt noch der Satz, dafs also auch derjenige, der im interdictum Uti possidetis Sieger sein könnte, wenn er nicht gehörig defendirt, den Besitz an seinen Gegner verliert.

1) Zeile 3 lautet nach dem Apographum so: QUORUNB*****ASL*
OC***CETERAEXINTERDI. Vermuthlich ist so geschrieben: QUORUNBISETPOTEST
ASHECĒUTĠCETERAEXINTERDI. 2) FACIT Veron. 3) LICETUR Veron.
4) SATANONDAT Veron. 5) SPONSIONIBUSNONFACITSPONSIONISUE Veron.
6) POSSEDEATETRESTITUAT Veron. 7) Das Apographum hat hier: POS-
SESSION. ————— | ————— LLIPOSSIDENI*NFACIAT. Es wird so zu restituiren
sein: POSSESSION•SIUEŃPOSSIDE | ATUIMILLIPOSSIDENTIŃFACIAT. Darnach hat die
Handschrift am Schluß 'non faciat'.

Hiernach ist also das erste, was die Parteien bei gehöriger Defension *interdicto reddito* zu thun haben, daß sie durch Vornahme einer *vis ex conventu* die Möglichkeit herbeiführen den Besitzstreit eingewickelt in die Frage, ob gegen das Verbot der Gewalt gefehlt sei, zur Entscheidung zu bringen¹⁾. Es genügte weder eine Fiction der Gewalt, wie Savigny annahm, um das '*vim fieri veto*', in Kraft treten zu lassen, noch eine gegenseitige Anerkennung der Gewalt, wie Witte und Schmidt vermutheten.

Nun werden freilich die Gegner sagen, gerade die *vis ex conventu* sei etwas künstliches, es weise als Surrogat darauf hin, daß bereits eine andere Anwendung des *Interdictes* bestanden habe, in der wirkliche Gewalt Voraussetzung des weiteren Verfahrens war, so daß also nach Erlass des *Interdicts* das Verfahren nicht gleich seinen Fortgang nahm, sondern abgewartet wurde, ob jenem der Gehorsam versagt werden würde²⁾. Man könnte auch etwa einwenden: wenn der Prätor nichts anderes bezweckte, als ein Rechtsmittel zu schaffen, wodurch die Frage nach dem gegenwärtigen Besitz entschieden würde, warum wählte er dann den umständlichen Weg, ein *Interdict* zu erlassen und die Parteien zu einer *vis ex conventu* zu zwingen, während er doch direct durch *sponsio* oder *praeiudicium* untersuchen lassen konnte, wer im Augenblick der Klage den Besitz gehabt habe?

¹⁾ Vergl. Gai. 4, 166, wo jetzt die fraglichen Worte so lauten: *postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta est.*

²⁾ Schmidt, *Interdictenverfahren* S. 55, vergl. Bruns, *Besitz* S. 44 und Witte, *Interd. U. P.* S. 48.

Beide Einwände sind nicht durchgreifend. Dafs die Prätores in der ersten Zeit der freien Formelbildung nicht immer gleich den kürzesten Weg gefunden haben, um einen Procefs zur Entscheidung zu bringen, das zeigt uns unter anderem die Entwicklung der rei vindicatio, der Uebergang einzelner actiones per sponsionem in praeiudicia, zum Theil auch der Uebergang des Interdictenverfahrens in die actiones in factum. Dafs aber die Prätores den Streit über den Besitz in die Form des Interdictenverfahrens einkleideten, dazu mochten sie durch die vielleicht schon vorhandenen interdicta recuperandae possessionis oder auch die verwandten Rechtsverhältnisse, welche längst durch prohibitorische Interdicte geschützt waren, bewogen sein. Der Interdictsprocefs ist für die interdicta retinendae possessionis von Anfang an reine Form. Wer daraus allein den Schluss zieht, dafs ihr Grundgedanke Schutz des Besitzes gegen Gewalt sei, begeht denselben Fehler, wie derjenige, welcher um der manus consortae willen die rei vindicatio auf eine actio de vi zurückführen wollte oder um der sponsio willen die actio in rem per sponsionem zu den actiones in personam rechnet¹⁾.

Kehren wir jetzt zu unserer früheren Untersuchung zurück, so haben wir für diese zwei Resultate gewonnen: einmal war das interdictum Uti possidetis seiner ursprünglichen Anlage nach bestimmt die Besitzfrage in der einseitigen Vindication eines Grundstücks zu reguliren, und ferner

¹⁾ Vergl. Puchta, Institutionen § 225 f. Man darf deshalb auch in der vis ex conventu keine Widerlegung der Behauptung Iherings (Besitzschutz S. 92) finden, dafs es ein Verkennen der Römischen Theorie sei, wenn man das Erforderniß der Gewalt für das interdictum Uti possidetis aufstellt.

gehörte zu seiner Durchführung eine *vis ex conventu* nach erlassenem Interdict. Wie stellt sich nun dazu die Annahme Karlowa's, daß dem Interdicte ein *vis ex conventu* vorausgegangen sei? Man wird über die Antwort nicht zweifelhaft sein können. Einmal war die *vis* ganz unnöthig, da in der Nothwendigkeit die Besitzfrage festzustellen Grund genug zum Erlass des Interdicts lag, und dann zweimal eine *vis ex conventu* zu verlangen wäre doch des guten zu viel gewesen¹⁾.

Sollten wir nun etwa die *deductio* auf die nach Erlass des Interdicts vorgeschriebene *vis* beziehen? Das ist unbedingt unzulässig. Die *deductio* kann ihrer Form nach nicht dem Bedürfnis entsprechen, welchem jene *vis* diene; sie setzt voraus, daß die weitere Verhandlung in iure zunächst eingestellt wird, daß die Parteien sich auf das Grundstück begeben, und wie lästig und langwierig das bei weit entfernten Grundstücken sein mußte, ist klar genug. Wenn man um deswillen schon bei den *manus consortae* die nöthige Erleichterung geschaffen hatte, wie sollte da der Prätor darauf verfallen seine eignen Rechtsmittel durch solche Unbehülflichkeit praktisch zu entwerthen? Dann läßt die Erzählung des Hergangs in beiden Reden ganz deutlich erkennen, daß der *deductio* noch keine gerichtliche Verhandlung der Parteien vorausgegangen war.

Hiernach bleibt die einzig mögliche Beziehung der *deductio quae moribus fit* die auf die in rem actio per sponsionem.

¹⁾ Man vergleiche auch Karlowa S. 22 gegen Witte.

Bemerkungen über das interdictum Uti possidetis.

Unter allen Interdicten ist das Uti possidetis das einzige, dessen Hergang wir trotz der grossen Lücken an den betreffenden Stellen des Gaius ziemlich vollständig kennen. Dies sowie die Bedeutung des Interdicts für die ganze Besitzlehre hat eine Reihe ausgezeichnete Bearbeitungen hervorgerufen, denen es, wie wir in dem vorigen Aufsätze gesehen haben, geglückt ist die Quellenüberlieferung zum Theil richtig zu ergänzen. Dabei ist andererseits einigen Notizen nicht die Beachtung geschenkt worden, welche sie wohl verdienen, und so hat man allmählich in eine Bahn gelenkt, welche uns von der richtigen Erkenntniss des Interdictes immer weiter abzuführen droht.

Dies gilt zunächst von der Auffassung der Duplicität, welche dem Uti possidetis mit dem Utrubi gemein ist. Man will heutzutage die Eigenthümlichkeit der interdicta duplicia lediglich darin legen, daß die Fassung des Interdicts sich an beide Parteien richtet, so daß jede derselben im gegebenen Fall daraus eine Klage für sich ableiten kann. Diese letztere aber sei durchaus einseitig, wie denn auch die Bezeichnung duplex sich nur auf das Interdict selbst, nicht auf das sich daraus entwickelnde Verfahren von den Römern bezogen

werde. Im Grunde genommen sei also ein *interdictum duplex* nichts als zwei in einen Befehl zusammen gefasste *simplicia*¹⁾.

Es darf von vornherein als ein Fehler dieser Definition gelten, daß sie an den kurzen und unbestimmten Ausspruch Ulpians in l. 3 § 1 D. *uti possidetis*²⁾ anknüpft, obgleich dieser augenscheinlich keine erschöpfende Begriffsbestimmung geben will, und daß man sich darnach erst die ausführliche Erläuterung bei Gaius zurechtlegt.

Gaius 4, 160³⁾ sagt nicht, wie von jener Seite behauptet wird, ein Interdict sei dann duplex, wenn der Prätor gleichmäÙig beide Theile anredet und in Folge dessen die Stellung beider Parteien die gleiche sei⁴⁾. Seine Erklärung lautet umgekehrt so: *duplicia* heißen die betreffenden Interdicte, weil die Lage beider Theile gleich ist, keiner von beiden vorzugsweise als Kläger oder als Beklagter gelten kann; und wenn er dann noch mit 'quippe' den Satz anschließt, daß der Prätor sich gleichmäÙig an beide Theile wendet, so giebt er

¹⁾ So Schmidt, *Interdicte* S. 180 ff. und Eck, die sog. doppelseitigen Klagen § 5.

²⁾ *Hoc interdictum duplex est et hi, quibus competit, et actores et rei sunt.* — Vergl. l. 37 § 1 D. de o. et a.: *Mixtae sunt actiones, in quibus uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi.*

³⁾ *Duplicia sunt velut UTI POSSIDETIS interdictum et UTRUBI. Ideo autem duplicia vocantur, quod par (p*[i? t?]scar Veron.) utriusque litigatoris condicio est nec quisquam praecipue reus uel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet: quippe praetor pari sermone cum utroque (utrousque Veron.) loquitur.* — Aus Gaius ist § 7 I. de interdictis (4, 15) entlehnt und Theophilus giebt hierzu nur eine wörtliche Uebersetzung.

⁴⁾ Eck a. a. O. S. 28.

damit nicht wiederum einen Grund für das vorhergehende, sondern weist darauf hin, daß sich die zweiseitige Natur ja auch in der Formel auspräge¹⁾.

Was sich Gaius unter der Duplicität vorstellt, darüber muß der gemeinsame Charakter der genannten *interdicta retinendae possessionis* Auskunft geben; und dieser bleibt uns die Antwort nicht schuldig. Ihre Eigenthümlichkeit liegt gegenüber einer Verbindung zweier einseitiger *Interdicta* darin, daß das Object in beiden ein einheitliches ist, daß sie sich nicht in zwei *simplicia* auflösen lassen, daß der Streit sich nur darum bewegt, ob der eine oder der andere zum Besitz berechtigt ist.

Auch ist es nicht richtig, daß die Bezeichnung *duplex* bloß auf das *Interdict* im engeren Sinne gehe. *Interdictum* ist hier, wie auch sonst regelmässig, der Ausdruck für das ganze Verfahren; wäre das nicht gemeint, so dürfte die Stellung vom Kläger und Beklagten nicht zur Erklärung herbeigezogen werden, denn eine solche giebt es noch nicht beim Erlaß des *Interdicts*, sie entwickelt sich erst in dem nachfolgenden Verfahren.

Freilich löst sich dies bei beiden *Interdicten* in eine Reihe einseitiger Klagen auf, aber alle werden zusammengehalten durch die eine Frage, von deren Entscheidung ihr Ausgang abhängt. Es ist ebenso verfehlt, auf diesem Wege die Einheit dieses Verfahrens abzuleugnen, als wenn Jemand die *condictio certi* um der *restipulatio tertiae partis* willen zu einer zweiseitigen Klage machen wollte. Die Lage der Parteien ist genau dieselbe, wie bei der *actio in rem per sacramentum*²⁾.

¹⁾ So faßt es auch Theophilus, der quippe mit ἀμέλει übersetzt.

²⁾ Eck a. a. O. § 2 spricht auch dieser die Duplicität ab und führt sie auf die Zusammenziehung zweier *Vindicationen* zurück; doch ver-

Aber, sagt man, die Stellung der Parteien war ja gar nicht eine durchgreifend gleiche. Die *fructus licitatio* gab der einen den Besitz und damit auch die Beklagtenrolle. Verstände man dies so, daß durch den Ausfall der *fructus licitatio* die Frage nach der Beweislast zu Gunsten des Meistbieters entschieden würde, so ließe sich der Einwand hören; das wird aber nicht behauptet¹⁾. Zweck der *fructus licitatio* kann nur der sein, inzwischen einen geregelten Zustand herzustellen in dem Sinne, daß der Meistbieter gewissermaßen für den künftigen Sieger den Besitz fortführt, ganz wie ein *sequester*; daß man diese Sorge eine der Parteien selbst übernehmen liefs, führte dahin dieser für den Fall des Unterliegens noch eine Strafsumme aufzuerlegen²⁾.

kennt er nicht, daß sie sich von dem gewöhnlichen Fall der Klage und Widerklage durch die Nothwendigkeit der Verbindung unterscheidet (S. 9). Ein anderes Unterscheidungszeichen liegt in der zuerst von Ihering (Ueber den Grund des Besitzschutzes S. 73) erkannten relativen Beweispflicht (vergl. Eck S. 16 f.); beides zusammen möchte aber wohl ausreichend sein, um ihr einen von jenem Fall wesentlich abweichenden Charakter zu verleihen.

¹⁾ Schmidt, Interdictenverfahren S. 288, der für diese Ansicht angeführt wird, sagt nur, daß die Parteirollen im *iudicium secutorium* durch die *fructus licitatio* bestimmt werden. Dagegen ist vielleicht Rudorff, Rechtsgeschichte 2 § 53, 35 dieser Ansicht; aber wie konnte man die Entscheidung der wichtigsten Frage der reinen Willkür anheimgeben? Gegen Savigny, Besitz § 37 S. 405, der dem Antragsteller nach Analogie der Theilungsklagen die Beweislast auferlegen will, vergl. Bruns, Recht des Besitzes S. 53 f.

²⁾ Die Verpflichtung zur *satisfactio iudicatum solvi* für das *iudicium secutorium de fructibus* ist wohl so zu erklären, daß man den Gegner nicht der Gefahr aussetzen wollte bei Insolvenz des Meistbieters keinen Ersatz der Früchte zu bekommen; für die Restitution des

Wie aber, wenn beide Theile beweisfällig waren: bleibt dann nicht der Besitz dem Meistbieter¹⁾? Sehen wir zu, ob ein solcher Fall eintreten kann. Denkt man an die Möglichkeit, daß keine der Parteien zur Zeit des Interdicts besessen hat, so hätte der Meistbieter durch sein Gebot nichts gewonnen, da kein Besitz da war, den er sich auf Grund desselben verschaffen konnte. Ist hingegen eine der Parteien wirklich im Besitz gewesen, so muß die Möglichkeit eines solchen Ausgangs in Abrede gestellt werden. Der in Betracht kommende Fall kann nur der sein, daß der Besitz vom Gegner *vi clam precario* erlangt sei; damit stehen wir vor der Frage, ob nicht hier zu Gunsten des aus dem Besitz Entsetzten zu ent-

Besitzes fiel bei Grundstücken diese Gefahr weg, die Satisfactionspflicht wurde daher auf das *Cascellianum* nicht ausgedehnt. Sonach konnte der Gegner also entweder unter Verzicht auf die *fructuaria stipulatio* die Satisfaction fordern und hatte dann neben dem *secutorium iudicium* das *Cascellianum* nur auf Rückgabe des Besitzes, oder er wählte jene und konnte dann außer ihr mit dem *Cascellianum* Rückgabe des Besitzes und Herausgabe der Früchte einklagen. Daß die *fructuaria stipulatio* nicht auch letztere neben der *summa licitationis* umfaßte, wird jetzt durch Gai. 4, 166 bestätigt; hier fängt S. 244 so an (die ersten vier Worte sind nur dem Sinn nach ergänzt): *et uter eorum vicerit fructus licitando, is tantisper in possessione constituitur, si modo adversario suo fructuaria stipulatione caverit, cuius vis et potestas haec est, ut si contra eum de possessione pronuntiatum fuerit, eam summam adversario solvat.*

¹⁾ Eck a. a. O. S. 46 sagt, die *fructus licitatio* könne den Meistbieter insofern nicht begünstigen, als sie ihm nur den Besitz für die Dauer des Processes verschafft; werden beide Theile abgewiesen, so handele es sich jetzt darum, wer zuerst zugreife. Man sollte meinen, der Interimsbesitz gebe dem Meistbieter genügende Mittel in die Hand, um ein Zuvorkommen des anderen unmöglich zu machen.

scheiden sei, ob also auch das Uti possidetis — das Utrubi ist ja ohnehin darauf angelegt¹⁾ — im gegebenen Fall recuperatorisch wirke.

Für die Anerkennung der recuperatorischen Function sollte schon eine Erwägung entscheidend sein, der Zweck des Uti possidetis die Parteirollen für die Vindication festzustellen. Dafs bei der Anstellung dieser eine Partei im fehlerhaften Besitz der Sache ist, kann wahrlich nicht als ein ungewöhnlicher Fall gelten. Erkennt nun der Prätor einen solchen Besitz nicht an, läfst aber doch um seinetwillen den anderen auch abweisen, so war der Zweck des Instituts von vornherein verfehlt. Dieser konnte nur dann erreicht werden, wenn gleich vorgesehen wurde, dafs in solchen Fällen zu Gunsten des Nichtbesitzers entschieden wurde, gerade als bestände der ihm unrechtmässiger Weise entzogene Besitz noch fort. Und dafs dies auch der Sinn des prätorischen Edicts war, dafür haben wir ein ausdrückliches Zeugniß in der l. 3 pr. D. uti possidetis (43, 17)²⁾; ebenso sagt Gaius 4, 167³⁾ ge-

¹⁾ Uebrigens gilt obige Frage auch für das Utrubi und ist ganz wie für das Uti possidetis zu beantworten. Die Entscheidungen über Ausschluß der accessio possessionis in l. 13 § 7. 8 D. de adquir. possessione (41, 2) kommen hier nicht in Betracht, da sie sich nicht auf den Besitz des Gegners beziehen.

²⁾ Ulpianus libro LXIX ad edictum. Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum. Quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam. Ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter (neutrum *Flor.*) nostrum vincetur; nam et tu possides et ego.

³⁾ Ergo is qui fructus licitatione vicit, si non probat ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis

radezu, daß der Meistbieter, um der Verurtheilung zu entgehen, beweisen müsse, daß ihm der Besitz zukomme. Daß daraus Trebatius die Lehre von der *compossessio plurium in solidum* hergeleitet hat, welche später aufgegeben wurde, beweist doch nicht sowohl gegen als für die obige Theorie¹⁾.

Man glaubt sich auf die Worte des *Interdicts* steifen zu müssen; um sie im obigen Sinne auszulegen, hätte gesagt sein müssen: *Uti nunc possidetis possideretisve, si neuter vestrum aut vi aut clam aut precario ab altero possideret*²⁾. Solche Wortklauber sind nun aber die Römer doch nicht, wo es gilt, einer Formel die nöthige Ausdehnung zu geben; das beweisen sie z. B. in dem Satze '*omnia iudicia esse absolutoria*' und in der Auslegung der *exceptio rei iudicatae* zu Gunsten der Rechtskraft³⁾.

Fassen wir noch einmal den Begriff des *interdictum duplex* zusammen, wie er sich aus dem Verhältniß der Parteien in den beiden *interdicta retinendae possessionis* bestimmt,

summam poenae nomine solvere et praeterea possessionem restituere iubetur.

¹⁾ Vergl. darüber Witte in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Neue Folge 18 S. 250 ff. Uebrigens läßt sich nicht wohl annehmen, daß Ulpian in dem '*neuter vincetur*' des zweiten Falls mehr als eine verkehrte Consequenz der Theorie des Trebatius hat hinstellen wollen. Daß er letztere verwirft, folgt zwar nicht unbedingt aus l. 5 § 15 D. *commodati* (13, 6), auch l. 13 § 7 D. *de adq. poss.* (41, 2) liesse sich beseitigen (Puchta, Institutionen § 229 i), nicht aber § 8 ib. (man beachte, daß sich die ganze Stelle auf das *interdictum Utrubi* bezieht).

²⁾ Schmidt, Interdictenverfahren S. 115.

³⁾ So wird auch das dolose Aufgeben des Besitzes durch Interpretation in den Bereich einzelner *Interdicte* gezogen; vergl. Schmidt, Interdictenverfahren S. 158 f. und im allgemeinen daselbst S. 56.

so liegt er darin, daß beide Theile denselben sich gegenseitig ausschließenden Anspruch erheben, und zwar erheben müssen, daß sie deshalb auch in Bezug auf die Beweisfrage ganz gleich gestellt sind und nicht sowohl darüber entschieden wird, wer von beiden Recht hat, als wer das bessere Recht für sich geltend machen kann.

Neben diesen beiden Interdicten findet sich noch ein drittes *interdictum duplex* in l. 1 § 26 D. de aqua cott.:

Si inter rivalet (id est qui per eundem rivum aquam ducunt) sit contentio de aquae usu, utroque suum usum esse contendente, duplex interdictum utrique competit.

Den Worten 'suum usum utroque contendente' nach möchte man voraussetzen, daß jeder der rivalet dem anderen das ganze Recht abstreitet, daß also jeder behauptet, er habe im letzten Jahre das Wasser ausschließlich bezogen, ein Streit, wie er in Wirklichkeit kaum vorkommen kann. Hätten sie aber zu verschiedenen Zeiten innerhalb des letzten Jahres jeder einmal das ganze Wasser gezogen, so ist zwar das *interdictum duplex* insofern am Platze, als dann beide Theile Recht bekommen müßten und die Condemnationen sich gegenseitig aufheben würden, aber einen weiteren Erfolg kann das Interdict nicht haben; den Parteien bleibt, wenn sie sich über gemeinsame Benutzung nicht einigen können, als einziger Ausweg die *actio confessoria* oder das in l. 4 eod. erwähnte *utile communi dividundo*. Am nächsten liegt noch der Gedanke an Veränderungen, welche der eine an der Wasserleitung vornehmen will¹⁾. In allen diesen Fällen stehen sich zwei selbständige Ansprüche gegenüber, die zwar in Collision gerathen, aber

¹⁾ Vergl. l. 1 § 27, l. 3 § 5 eod.

nicht sich nothwendig ausschliessen und in derselben Weise auch durch zwei gleichzeitige *interdicta simplicia* ausgefochten werden konnten; das *duplex* ist mithin nur eine Vereinfachung in der Form ohne sachlichen Gegensatz zum *simplex*. Die Lage der Parteien ist in nichts weiter eine gleiche, als daſs wie bei einer Klage mit Widerklage jeder zugleich Kläger und Beklagter ist.

Sollen wir nun annehmen, daſs zu Ulpians Zeit der technische Begriff des *interdictum duplex* ein anderer war, als wie ihn Gaius auffaſst? Das ist ebenso wenig glaublich, als daſs man z. B. den Begriff der *exceptio* zu einem rein formellen gemacht hätte, weil bisweilen auch solche Formeltheile, wie das '*nec vi nec clam nec precario*' der *Interdicte exceptio* genannt werden, oder daſs der Begriff der *actiones in factum* verallgemeinert sei, weil die *actiones praescriptis verbis* mit der *intentio* '*dare facere oportere ex fide bona*' auch einige Mal jenen Namen tragen. In allen solchen Fällen liegt nichts vor als eine Nachlässigkeit, die an dem Festhalten der technischen Begriffe nicht irre machen darf.

Bedenklich stände es um den aufgestellten Begriff des *interdictum duplex* dann, wenn die Behauptung wahr wäre, daſs das *Uti possidetis* die Duplicität nicht streng durchführe, daſs es auch die Natur einer einseitigen Klage annehmen könne. Man verweist darauf, daſs dies *Interdict* aus einem einseitigen entsprungen sei, ja man geht jetzt noch weiter und behauptet, auch zur Zeit der Pandectenjuristen habe dieses neben dem *duplex* fortbestanden.

Daſs das dem *Uti possidetis* voraufgegangene und nachher durch dasselbe verdrängte *simplex interdictum* keine Spur von Wahrscheinlichkeit für sich habe, darauf ist oben S. 82

hingewiesen. Die Existenz des simplex neben dem duplex will Eck¹⁾ durch die bekannten Worte Ulpians²⁾ beweisen:

Perpetuo autem hoc interdicto insunt haec: quod nec vi nec clam nec precario ab illo possides.

Diese Clausel weise schon in ihrer einseitigen Fassung auf die ältere Formel hin, wie sie Festus³⁾ überliefert; da außerdem der Paragraph nur durch Versehen an seinem jetzigen Ort steht, so werde er aus dem Abschnitt über das interdictum simplex dorthin gerathen sein.

Man hat bei den Worten Ulpians bisher angenommen, daß er sich die Formel des interdictum Uti possidetis in eine einseitige Fassung umgesetzt habe, weil er eben nur die Stellung der einzelnen Partei besprechen wollte. Diese Auffassung ist bei den Bedenken, welche sich Ecks Annahme entgegenstellen, die einzig mögliche. Wie wäre es denkbar, daß uns das interdictum simplex Uti possides nirgends begegnet, weder bei Gaius, noch bei Paulus, noch bei Theophilus. Auch bleibt Eck uns die Erklärung schuldig, wie die Compileren auf den Gedanken verfallen konnten das simplex zu streichen, obgleich, wie gerade Eck nachweist, das Uti possidetis im justinianischen Recht den zweiseitigen Charakter abgelegt hatte. Die Verwandtschaft der Formel bei Festus beweist eher, daß die von Ulpian in l. 1 pr. eod. mitgetheilte vielleicht nicht einmal die Fassung des Edicts wiedergiebt, sondern eine Abkürzung durch Ulpian; dafür spricht außerdem

¹⁾ Die sog. doppelseitigen Klagen S. 31.

²⁾ L. 1 § 5 D. uti possidetis (43, 17).

³⁾ Festus v. Possessio: Uti nunc possidetis eum fundum q. d. a., quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis. adversus ea vim fieri veto.

das sich an den Wortlaut des Edicts anlehrende Rescript Diocletians in l. 1 C. eod. (8, 6), welches so anfängt: Uti possidetis eum fundum d. q. a., cum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis.

Was aber den anderen Punct anbetrifft, daß das interdictum Uti possidetis unter Umständen einen einseitigen Charakter annehme, so soll es jedem Theil frei stehen, wenn er für sich auf den Besitz keinen Anspruch macht, seinerseits weder eine sponsio vom Gegner zu verlangen, noch sich auf die fructus licitatio einzulassen¹⁾. Damit wäre denn freilich die Doppelseitigkeit des Interdictenverfahrens beseitigt und der Gaianische Satz, daß beide Theile sich vollkommen gleichstehen, für solche Fälle aufgehoben.

Wenn Witte zur Unterstützung dieser Ansicht anführt, daß z. B. Jemand, der den Besitzer nach Erlassung des Interdicts am Bauen verhindert, doch unzweifelhaft aus der sponsio 'si illi possidenti adversus edictum praetoris vis facta est' verurtheilt werden müsse, so vergißt er, daß die Frage so zu stellen ist: kommt es überhaupt in diesem Falle zu jener sponsio?

Ebenso wenig verfangen die Billigkeitsgründe, welche Eck anführt. Daß die Römer den Satz aufstellten, man könne sich demjenigen gegenüber, der seinen Besitz nachweisen will, nur dann behaupten, wenn man die gleiche Gefahr über-

¹⁾ Schmidt, Interdictenverfahren S. 286. Eck a. a. O. S. 39. In Betreff der fructus licitatio sollte man übrigens den Fall, wenn auf das erste Gebot von dem Gegner kein höheres abgegeben wird, mit der Weigerung, sich auf dieselbe überhaupt einzulassen, nicht auf gleiche Linie stellen; im ersteren Fall hat die licitatio ganz ordnungsgemäß stattgefunden.

nehme, das ist doch wohl nicht so unglaublich, wenn wir sehen, daß sie dasselbe Verlangen für die *actio in rem per sacramentum* stellten¹⁾. Im Gegentheil möchte es ganz natürlich erscheinen, wenn man sich erinnert, daß die beiden *Interdicte* zum Theil die Nachfolger jener *legis actio* sind, und daß auf sie gerade derjenige Theil des Streits überging, für den sich eine Theorie in dem bisherigen Verfahren gar nicht bilden konnte. Wenn Eck außerdem eine Härte für den im Besitz gestörten darin sieht, daß man ihn aus dem *Interdict* nicht klagen läßt, wenn der Gegner nicht gleichfalls eine *sponsio* verlangen will, so begeht er damit einen Fehler, der Allen gemeinsam ist, welche die hier berührten Fragen besprochen haben. Man übersieht ganz allgemein, welches die Folgen sind, wenn eine der Parteien die ihr obliegenden Pflichten verweigert, trotzdem man dieselben auch ohne die Studemundsche Lesung von Gaius 4, 170 (oben S. 84) kannte. Der obige Kläger kam durch die Weigerung seines Gegners in die Lage, daß ihm dieser fortan, ohne daß er seinen Besitz bewiesen hätte, den letzteren nicht mehr streitig machen durfte.

Auch darin ist die *actio in rem* voraufgegangen; es möchte nicht ohne Nutzen sein, wenn wir auf die bei dieser geltende Defensionspflicht einen kurzen Blick werfen²⁾.

¹⁾ Das große Unheil, welches Eck darin sieht, daß man demjenigen, dessen Gegner mit dem Beweise seines Besitzes unterlag, den Anspruch aus der *restipulatio* durch die Verurtheilung aus der eignen *sponsio* fruchtlos machte, ist unerfindlich; er hat doch immerhin so viel erreicht, wie der Beklagte der *actio* durch Abweisung des Klägers.

²⁾ Wir kennen dieselbe erst durch den Aufsatz Rudorffs über das *interdictum Quem fundum* in der Zeitschrift für geschichtliche Rechts-

Grundsatz der rei vindicatio ist, daß, wie einerseits der Beklagte sich von der Pflicht den Proceß aufzunehmen durch Ueberlassung des Besitzes befreien kann¹⁾, er andererseits zur letzteren durch Interdicte gezwungen wird, wenn er sich weigert die Vertheidigung in gehöriger Weise, insbesondere unter Leistung der satisdatio iudicatum solvi bei der formula petitoria zu übernehmen²⁾. Bei der Vindication von Grundstücken dient dazu das interdictum Quem fundum; daneben ist ein ganz analoges gegenüber der Ausübung des Nießbrauchs bezeugt³⁾ und Ulpian deutet an, daß es deren noch andere gebe. Eine weitere Folge dieser Interdicte war, daß der Beklagte, wenn er nachträglich ein eigenes Recht an der Sache geltend machen wollte, seinerseits als Kläger aufzutreten hatte.

Daß diese Art des Verfahrens schon im Legisactionenprocesse vorgekommen sei, ist bisher allgemein angenommen; man stützte dies auf die Bedeutung der vindiciae als Entscheidung über die Parteirollen, so daß also derjenige, welchem die vindiciae zunächst ertheilt, dann aber wieder abgesprochen wurden, weil er die praedes litis et vindiciarum nicht bestellte, die Rolle des Klägers zu übernehmen hatte⁴⁾. So lange das Streitobject gegenwärtig sein mußte, genügte

wissenschaft 9 S. 7 ff., in welchem er die eben aufgefundenen Bruchstücke von Ulpian's Institutionen in geistvoller Weise mit einigen bis dahin gänzlich mißverstandenen Digestenstellen in Verbindung brachte.

¹⁾ L. 156 pr. D. de r. i. (50, 17), l. 80 D. de rei vind. (6, 1).

²⁾ Ulp. inst. Vindob. 2, 1. Paul. 1, 11, 1; l. 6 § 6 D. de Carb. ed. (37, 10), l. 1 C. uti poss. (8, 6).

³⁾ Vergl. außer Ulp. l. c. noch Vatic. fr. 92. 93.

⁴⁾ Rudorff a. a. O. S. 52.

das über die *vindiciae* erfolgte Decret, um die Besitzübertragung durchzuführen; als man aber später bei allen den Gegenständen, die nicht zum Prätor gebracht werden konnten, davon absah, mußte noch ein Interdict zum Schutz der *vindiciae* ausgewirkt werden¹⁾.

Gegen diese Häufung von Decret und Interdict spricht schon, daß letzteres vollkommen überflüssig ist. Giebt der Prätor dem Kläger den Besitz, so kann, wenn es sich hernach fragt, ob sich der Beklagte dem Decret widersetzt hat, doch direct darüber eine *sponsio* angeordnet werden, der Befehl an denselben, dergleichen nicht zu thun, nimmt sich ziemlich wunderlich aus. Außerdem darf es heut als bewiesen gelten, daß die *vindiciae* über die Parteirollen nichts entschieden (S. 74); wo bleibt also hier der Zweck jenes Interdicts? Dasselbe paßt offenbar nur zu der einseitigen *rei vindicatio* in Form der *actio per sponsionem* oder der *formula petitoria*.

Als nun die alte *actio in rem* im Formularproceß in die einseitige *rei vindicatio* und den Besitzstreit zerfiel, blieb naturgemäfs für beide der Satz der l. 156 D. de r. i. bestehen: *Invitus nemo rem cogitur defendere*.

Diese Gleichheit des Contumacialverfahrens ist auch bereits anerkannt worden von Witte²⁾, Huschke³⁾ und Ru-

¹⁾ So Wetzell, *Vindicationsproceß* S. 25 und Bethmann-Hollweg, *Civilproceß* § 106 S. 568, während es bei Rudorff zweifelhaft bleibt, ob er mit der Aenderung in der Einleitung des Verfahrens die obige oder den Uebergang in die *actio per sponsionem* meint.

²⁾ Das Interdictum *Uti possidetis* S. 59.

³⁾ Huschke ergänzt nämlich Gai. 4, 170 so: *Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere volebant atque ob id non*

dorff¹⁾); Witte nimmt geradezu an, die *secundaria interdicta* seien identisch mit dem bereits bekannten *Quem fundum, Quam hereditatem* u. s. w.

Nach den oben S. 84 abgedruckten Worten von Gai. 4, 170 waren die hier zu besprechenden Folgen der *Contumacia* an die Verweigerung aller derjenigen Acte geknüpft, welche, von der *vis* bis zur *Litiscontestatio* über die einzelnen *iudicia* das Verfahren *ex interdicto* einleiteten. Die *secundaria interdicta* gingen darauf: '*sive possideat, restituat adversario possessionem, sive non possideat, vim illi possidenti ne faciat*'. Gaius setzt noch hinzu: '*Itaque etsi alias potuerit interdicto uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto paratus sit facere, tamen per interdictum secundarium possessio in adversarium transfertur*²⁾).

Bekommt also der Kläger durch das *secundarium inter-*

*poterat res expediri, praetor illi, qui vult experiri, propria comparavit interdicta, duo scilicet, quia aut de possessione fundi vel aedium agitur aut de possessione rerum mobilium. contra eum, qui ex interdicto de rerum soli vel aedium possessione cetera facere noluit, interdictum datur, quo prohibetur vi resistere, ne alter possessionem rei ingrediatur et retineat. cum vero de re mobili velut servo agitur, prohibetur vi resistere, ne alter eam rem ducat eiusque in possessione sit; in utroque tamen interdicto alter satisdat se restitutum esse, si postquam interdictum est, in diebus * ut oportet cetera ex interdicto fiant. ita vero adeptus possessionem, si postea contra eum iudicatum sit, quia videtur sine causa interim esse adeptus, duplum fructum praestare iudicio Calpurniano compellitur, aut si ipsum fructum solvat, simplum quanti fuerint fructus.*

¹⁾ De iurisdictione edictum S. 219.

²⁾ Dieser Schlufssatz ist natürlich nur dem Sinn nach ergänzt und auch das '*paratus sit facere*' liesse sich noch in mancher anderen Form wiedergeben.

dictum den Besitz und Schutz gegen Störungen desselben, so gewinnt er mehr als eine bloße Vertauschung der Partierollen; sein Gegner kann nicht mehr mit einem *interdictum retinendae* oder *recuperandae possessionis* gegen ihn auftreten, sondern muß zur petitorischen Klage greifen.

So treffen also die Folgen versäumter Defensionspflicht in der Vindication und der Besitzklage wieder auf einem Punkt zusammen; man erkennt wiederum, wie letztere recht eigentlich die Einleitung zur ersteren bildet, so daß die Defensionspflicht in der Besitzklage nur als ein Theil der für die Vindication dem Beklagten obliegenden Pflichten erscheint. Trotz dieses Zusammenhangs der *secundaria interdicta* mit den *interdicta Quem fundum* u. s. w. bleibt es zweifelhaft, ob sie geradezu identisch sind; es ließe sich sehr wohl denken, daß sich beide Klassen nach dem Wortlaut der Voraussetzungen unterscheiden, daß bei den einen auf die Verweigerung der *satisfactio iudicatum solvi* u. s. w., bei den anderen auf die der *cetera ex interdicto* Bezug genommen ist; jedenfalls paßt die Bezeichnung *secundaria* nicht auf die aus der Vindication abgeleiteten Interdicte.

Mit der Verweisung auf die *interdicta secundaria* ist aber der Streit über die Festhaltung der Duplicität für die *primaria interdicta* nicht erledigt. Man wird sich auf Quellenzeugnisse berufen, in denen das *Uti possidetis* zum Schutz gegen Besitzstörungen ohne Anmaßung des Besitzes Seitens des Störers gewährt wird¹⁾. Und doch ist das ganz in der Ordnung; gewiß muß in solchen Fällen das *Uti possidetis*

¹⁾ L. 8 § 5 D. si servitus vind. (8, 5), l. 5 § 10 D. de o. n. n. (39, 1), l. 3 § 2—4 D. uti poss. (43, 17), l. 14 D. de iniuriis (47, 10).

erlassen werden¹⁾), nur kommt es dann wegen ungenügender Defension nicht zum doppelseitigen Verfahren aus dem Uti possidetis selbst, sondern zu dem einseitigen secundarium.

Man wird nun fragen, welche Stellung diejenigen dem Interdicte Uti possidetis gegenüber einnehmen, welche eine iuris quasi possessio für sich in Anspruch nehmen. An sich würde sie die letztere nicht schützen; man nimmt deshalb an, daß, wenn sie den Sachbesitz des Gegners nicht bestreiten wollen, sie auf die Auswirkung des Uti possidetis Seitens derselben sich so lange der Ausübung der quasi possessio enthalten müßten, bis sie mit dem ihnen zur Seite stehenden Interdict ihre Berechtigung erstritten hätten²⁾.

Dieser Umweg und die darin liegende zeitweise Beschränkung der quasi possessio ist vielleicht unnöthig. Es liegt eigentlich kein Bedenken vor auf Grund der letzteren eine exceptio wenn nicht gegen das interdictum primarium, so doch gegen das secundarium zu ertheilen³⁾. Stand dem quasi

¹⁾ Nicht etwa ein Uti possides, wie Eck (s. oben S. 97) annehmen muß, so daß die eben angeführten Stellen ihre Beziehung auf das interdictum duplex erst durch die Compileren erhalten hätten.

²⁾ Eck, Doppelseitige Klagen S. 54 ff.

³⁾ In gleicher Weise wurden wenigstens in gewissen Fällen die Beklagten geschützt, welche sich der rei vindicatio gegenüber auf ein dingliches Recht beriefen; vergl. Zeitschrift für Rechtsgeschichte 7 S. 222. Eck a. a. O. S. 21 Note 73 rügt mit Recht einen Widerspruch, der in dem angeführten Aufsätze S. 221 begangen ist; es sollte nur gesagt werden, daß man die Behauptung eines ius in re dem Eigenthumsansprecher nicht zugleich mit der anderen selbst Eigenthümer zu sein entgegenstellen durfte. Dagegen ist von Eck nicht dargethan, inwiefern die actio negatoria mehr Anspruch darauf hat als rei vindicatio aufgefaßt zu werden, als z. B. die condictio certi aus der Stipulation

possessor ein duplex interdictum nach Analogie des Uti possidetis zur Seite, so scheint ein anderer Weg eingeschlagen zu sein. Nicht etwa, daß man das directum und utile interdictum in eine Formel zusammengefaßt hätte¹⁾; nein, man verweigerte das directum und ertheilte nur das utile. Damit geschieht dem Besitzansprecher kein Unrecht; er mag beweisen, daß er selbst, nicht sein Gegner das beschränkte Besitzrecht ausgeübt habe und erlangt damit Verurtheilung des Gegners und Freisprechung für sich selbst. Daß die Römer beim Nießbrauch so verfahren, hat Degenkolb aus l. 4 D. uti possidetis²⁾ nachgewiesen; gewiß darf man sich nicht daran stoßen, daß der Eigenthumsbesitzer ein uti frui nachweisen muß, denn das liegt doch auch in der Ausübung des vollen Besitzes³⁾. Dasselbe Verfahren auf das interdictum

eines Slaven, wo der Herr auch sein Eigenthum an letzterem nachweisen muß. Entscheidet sich denn der Charakter einer Klage nach dem, was vom Kläger zu beweisen ist, und nicht vielmehr darnach, was er vom Beklagten verlangt?

¹⁾ Die dahin zielenden Vorschläge sind mit Recht zurückgewiesen von Degenkolb, Platzrecht § 13 und Eck a. a. O. S. 32 f.

²⁾ In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum reddendum et si alter usum fructum, alter possessionem sibi defendat. Idem erit probandum et si usus fructus (fructus ist mit Mommsen zu streichen) quis sibi defendat possessionem, et ita Pomponius scribit. Perinde et si alter usum, alter fructum sibi tueatur, et his interdictum erit dandum. Daß die Stelle durchgängig vom utile interdictum handelt, hatte schon Rudorff in der Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft 11 S. 342 bemerkt.

³⁾ Degenkolb, Platzrecht S. 75 ff. Der Rückschluß aus den petitorischen Klagen wäre nicht angebracht, da sich uti frui nicht auf den Nießbrauch beschränkt; so wird uti in den Interdictsformeln von den Realservituten, frui von der superficies gebraucht.

de superficie auszudehnen war bei der Formel 'Uti ex lege locationis sive conductionis superficie q. d. a. nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruimini' nicht möglich; hier mußte es bei der exceptio gegen das secundarium bewenden, und darauf geht wohl l. 3 § 7 D. uti possidetis¹⁾).

Halten wir nun an dem gegebenen Verhältniß zwischen dem primarium und secundarium interdictum fest, so wird auch die Besitzstörung nach erlassenen Interdict von einem anderen Gesichtspunct aus betrachtet werden müssen als bisher.

Die heutige Ansicht geht dahin, daß abgesehen von der vis ex conventu jede nachträgliche Besitzstörung oder Besitzentsetzung unter das Verbot 'vim fieri veto' falle. Man denkt sich das so, daß nach Erlaß des Interdicts das weitere Verfahren ausgesetzt wurde, um abzuwarten, ob eine von beiden Theilen gegen dasselbe handeln würde. Damit das nun aber nicht in alle Ewigkeit erstreckt werde, läßt man die Wirkungen jenes Gewaltverbots auf 1 Jahr beschränkt sein, indem man darauf den in der jetzigen Fassung unverständlichen Schlufssatz des Edicts bezieht²⁾. Eine Consequenz

¹⁾ Nämlich die Worte: 'dominus autem soli tam adversus alium quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis, sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis'. Degenkolb a. a. O. S. 67 versteht das so, daß der Superficiar gezwungen sei das interdictum de superficie auszuwirken.

²⁾ Keller, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 11 S. 308, Schmidt, Interdictenverfahren S. 250. Das Edict in l. 1 pr. D. uti poss. lautet so: Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. De cloacis hoc interdictum non dabo. Neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

dieser Auffassung ist es, daß man weiter zu dem Gedanken kam, der Besitzer könne sich gegen alle künftigen Störungen dadurch sichern, daß er zunächst ohne jeglichen Anlaß gegen diejenigen, von denen er dergleichen erwartet, das Interdict auswirkt und dies nach Ablauf jeden Jahres wiederholt.

So richtig es ist, daß zu den Bedingungen des Interdicts und der sich anschließenden Klagen vorherige Besitzstörung nicht gehört, so läßt sich doch ein so wundersames Rechtsinstitut, wie es das eben geschilderte sein würde, als ein von den römischen Prätores erfundenes nicht denken. Führt es denn nicht geradezu dahin, daß man jeden Beliebigen auf der Straßse aufgreifen und zum Prätor schleppen konnte, um hier, ohne irgend einer poena temere litigandi ausgesetzt zu sein, den Erlaß eines Uti possidetis zu beantragen¹⁾.

Auch ohne diese Consequenz würde das interdictum Uti possidetis ein bedenkliches Ziel verfolgen. Es scheint übersehen zu sein, daß durch jene Auffassung eine Gewähr gegen jegliche Besitzveränderung hineingelegt wird, gleichviel ob sie mit oder ohne Fehler Seitens des Beklagten geschieht; ja selbst wenn freiwillige Abtretung Seitens des Klägers stattgefunden hat, würde er doch innerhalb des Jahres den Beklagten an jeder Besitzhandlung hindern können²⁾.

Die Bezeichnung interdictum prohibitorium hat hier eingewirkt. Worauf das vim fieri veto geht, wissen wir jetzt; wir können demnach in dem Uti possidetis nichts weiter sehen

¹⁾ Wie ungenügend die actio iniuriarum für solche Fälle ist, wird deutlich genug in der Aufstellung jener poenae ausgesprochen.

²⁾ Man vergleiche damit die Vindication, für welche jede Besitzveränderung genügt, um alia causa zu schaffen.

als eine Entscheidung über die Frage, wer zur Zeit des Interdicts Besitzer sei; prohibitorisch ist daran nur die äußere Form, sachlich ist es eine reine Präjudicialklage. Bei einer solchen hätte ein Aufschub der definitiven Einleitung keinen Sinn; dasselbe müssen wir uns sagen, wenn wir auf die ursprünglich einzige Bestimmung des Interdicts, die Parteirollen in der Vindication festzustellen, sahen, und auch die Erweiterung, daß es überhaupt dazu dient den Streit zwischen zwei Besitzansprechern auszutragen, führt zu keinem anderen Ergebniss.

Die Verjährungsklausel im Edict kann deshalb nicht auf das Sponsionsverfahren bezogen werden, die vorauf gehenden Worte 'neque pluris quam quanti res erit' weisen darauf hin, daß sie zu dem Cascellianum gehört¹⁾; und bei diesem ist sie sehr begreiflich, wenn man bedenkt, daß es als *secutorium iudicium* nicht gleichzeitig mit den Sponsions- und Restipulationsklagen instruiert wurde oder wenigstens instruiert zu werden brauchte. Wenn also das *Uti possidetis* zu einer sofortigen Entscheidung der Besitzfrage führte, so konnte jede spätere Besitzstörung in das ergangene Edict nicht hineingezogen werden. Für Störungen während des Processes war durch selbständige Schutzmittel gesorgt, spätere konnten nur den Anlaß zu einem neuen Interdict geben, in welchem dann, soweit sich in der Sachlage nichts geändert hatte, die frühere Entscheidung maßgebend war²⁾.

Zum Schluß sollen noch kurz die Aenderungen bespro-

¹⁾ Diese Beziehung hat schon Rudorff (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 11 S. 359) erkannt.

²⁾ Das Interdict steht auch hierin der Vindication gleich.

chen werden, welche die Aufhebung des Interdictenverfahrens in dem Charakter des Uti possidetis herbeiführen mußten.

Die heutige Ansicht geht dahin, daß nach Wegfall der Sponsionen und der fructus licitatio das Uti possidetis zu einer einseitigen Klage geworden sei, die, hervorgegangen aus dem Cascellianum, theils auf Restitution des Besitzes und Ersatz des Interesse oder bei bloßer Störung des Besitzes auf letzteres allein, theils auch auf bloße Anerkennung des Besitzes gerichtet werden kann¹⁾.

Wenn wir damit die frühere Bestimmung des Cascellianum zusammenhalten dem Meistbieter der fructus licitatio den Besitz und die seit der Licitatio gezogenen Früchte abzunehmen, so muß es, um zu der obigen Klage zu werden, auf eine ganz andere Grundlage gestellt worden sein. Daß diese Umwandlung schon vor Justinian begonnen, liefse sich nur dann mit Sicherheit behaupten, wenn feststände, daß die fructus licitatio mit den Sponsionen weggefallen wäre. Dahingegen stand dem nichts im Wege, für die zweiseitige Natur des Uti possidetis, insbesondere also für die Defensionspflicht ganz die früheren Grundsätze zur Anwendung zu bringen.

In den Justinianischen Quellen ist das secundarium interdictum gestrichen; dabei konnte die Stellung des Beklagten nicht die frühere bleiben; wie die Compileren sich dieselbe dachten, läßt sich aus der Art und Weise erkennen, wie sie die Schriften der klassischen Juristen auszogen. Wird bei Störung des Besitzes ohne Besitzentsetzung die Zuständigkeit des Uti possidetis ausgesprochen, so ist damit die Pflicht des

¹⁾ Auf die erstere Function beschränkt das Interdict Schmidt, Interdictenverfahren S. 331, beide Functionen nehmen Eck, Doppelseitige Klagen S. 62 ff. und die dort genannten an.

Beklagten, eignen Besitz zu behaupten, aufgehoben; im Justinianischen Recht kann das *interdictum Uti possidetis* nicht mehr als *duplex* gelten. Doch behält die Besitzklage mit der *Vindication* das gemeinsame, daß der Beklagte sich durch Ueberlassung der Sache von dem Prozesse freimachen kann. Würde freilich mit dem Interdict ein Ersatz für erlittenen Schaden eingefordert, so müßte wie in der *Vindication* die volle Defensionspflicht eintreten. Ob das aber bei dem *Uti possidetis* der Fall sein kann, ist noch sehr die Frage. Daß im Verlaufe der Zeit die Sponsionsklagen an Bedeutung verloren hätten, während das *Cascellianum* immer mehr in den Vordergrund trat, ist doch keine Erklärung dafür, wie das *quanti ea res est* des *Cascellianum* von da an neben dem Interesse wegen der Restitution des Besitzes und der Früchte seit der *fructus licitatio* auch das Interesse wegen der Besitzstörung umfaßt hätte. Und selbst ein dringendes Bedürfnis zu einer solchen Aenderung ist nicht anzuerkennen; in der *actio legis Aquiliae* und den *interdicta recuperandae possessionis* war der Hauptsache nach ausreichend gesorgt.

Wenn nun auch das Interdict jetzt auf die *secutoria actio* beschränkt ist, so gilt doch diese nicht als reine Klage auf Restitution und Früchte, wie vordem; sie hat die Function der Sponsionen, die Präjudicialentscheidung, mit übernommen¹⁾, und diese Richtung tritt allein hervor in den Fällen, wo nur eine Besitzstörung Anlaß zur Klage giebt, welche

¹⁾ Insofern zeigt sich also äußerlich die Verwandtschaft mit der *Vindication* noch klarer als bisher; den Fortschritt, welchen letztere beim Uebergang aus den *legis actiones* in den Formularproceß gemacht hatten, macht jetzt das *Uti possidetis* nach.

nicht wie z. B. in l. 3 § 4. 9 D. uti possidetis durch einen zu beseitigenden Bau oder sonstige Anstalt ausgeübt wird.

Damit ist übrigens noch nicht die Möglichkeit gegeben die Klage ohne jeglichen Anlaß Seitens des Gegners anzustellen. Selbst eine bloße Erklärung, daß man den Besitz streitig zu machen gedenke, kann nicht als genügender Grund angesehen werden, so daß hierbei das Provocationsverfahren erspart würde. Daß in früherer Zeit das Interdict ohne jeden Anlaß Seitens des Beklagten erlassen wurde, ist bereits als nicht glaublich zurückgewiesen worden. Nach der Vorstellung, die man bisher von dem Verfahren nach erlassenen Interdict hatte, wäre das ohne Nachtheil für den Beklagten in der Sache selbst verlaufen. Sobald man dies aber auf die actio ausdehnte, durfte man nicht verkennen, daß dem Beklagten dadurch das Recht genommen wird mit seinen Ansprüchen in dem ihm am günstigsten scheinenden Augenblick hervorzutreten¹⁾; dasselbe gilt nach der hier gegebenen Auffassung auch für das frühere Interdictenverfahren.

Wollen hingegen beide Theile ohne vorhergegangene Stö-

¹⁾ Daß der von Eck (Doppelseitige Klagen S. 64 f.) angeführte praktische Gesichtspunkt eine solche Abnormität rechtfertige, läßt sich nicht zugeben. Will man deswegen, weil ein Kaufgeschäft durch den Einspruch des Gegners vereitelt worden, diesen zur Verantwortung ziehen, so müßte z. B. auch derjenige belangt werden können, der denselben Erfolg dadurch herbeiführt, daß er als Nachbar alle möglichen Chicanen anzuthun droht, oder weil er dem Käufer eingeredet hat, die Besitzer des betreffenden Grundstückes seien alle früh gestorben. Das zweite Beispiel von der Verfügung des Strafrichters paßt nicht; wenn der Denunziant die Besitzklage ablehnt, weil er den andern im Besitz nicht gestört habe, muß der Strafrichter eben seine Verfügung zurückziehen.

rung eine Entscheidung über den Besitz haben, so steht dem nichts entgegen; das Erforderniß der Besitzstörung geltend zu machen oder nicht, liegt ebenso in der Hand des Beklagten, wie es bei der Vindication dem Beklagten freisteht, ob er der Entscheidung über das Eigenthum des Klägers durch den Einwand nicht zu besitzen aus dem Wege gehen will.

Was endlich noch die recuperatorische Wirkung betrifft, so läßt sich nicht absehen, inwiefern die Aenderung des Verfahrens auf die Beseitigung derselben hingearbeitet hätte. Insoweit aber das Interdict auf Rückforderung eines verlorenen Besitzes hinausläuft, müssen darauf selbstverständlich die allgemeinen Grundsätze der Klagverjährung angewendet werden¹⁾.

¹⁾ Eck, Doppelseitige Klagen S. 67 widerlegt Witte's Auslegung der l. 1 § 5 D. uti possidetis (43, 17), ohne der Frage näher zu treten, ob hier, ganz abgesehen von jener Stelle, die Verjährung Platz greife oder nicht.

Vorschläge zu den Institutionen des Gaius.

Das neue Apographum des Gaius, welches wir der aufsergewöhnlichen Begabung und der aufopfernden Gewissenhaftigkeit Studemund's verdanken, enthält, wie nicht anders möglich, eine Reihe lückenhafter Stellen, deren Ausfüllung theils unmöglich, theils in hohem Grade schwierig ist. Vorschläge für die letzteren sollen in der neuen Textausgabe gemacht werden, welche der Veröffentlichung des Apographum nachfolgen wird; nur drei derselben sind hier ausgewählt, die, weil sie mit den heutigen Ansichten im Widerspruch stehen, einer ausführlichen Rechtfertigung bedürfen. Gemeinsam für alle ist zu bemerken, daßs bei Angaben aus dem Apographum der Unterschied zwischen den dort als sicher oder zweifelhaft bezeichneten Buchstaben bei Seite gelassen ist, und daßs außerdem, wo im letzteren Fall mehrere verwandte Buchstaben als gleich möglich hingestellt sind, diese nicht alle wiedergegeben werden, sondern diejenigen ausgewählt sind, auf welche sich die folgenden Vorschläge stützen; für selbständige Forschungen muß nach beiden Seiten hin auf das Apographum verwiesen werden.

Gaius 1, 35.

Gaius giebt die einzelnen Wege, auf denen die Latini zur Civität gelangen, in einer von Ulpian 3, 1 abweichenden Reihenfolge an. Ulpian zählt auf: 'beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, aedificio, pistrino, praeterea ex senatus consulto vulgo quae sit ter enixa'. Bei Gaius ist die Reihenfolge zunächst diese: liberi, militia, navis, aedificium, pistrinum. Damit schließt Seite 8. Auf Seite 9 sind die ersten 3 Zeilen gar nicht gelesen; auf Zeile 4—18 liest Studemund Folgendes:

4 _____LATINOR'MMSISIIA **** FACIT ****
 5 _____UMCONSILIUM_____
 6 *****LATINORUM_____
 7 _____
 8 _____AIUSROM.
 9 _____MITAUERITERGOSISERUUSI
 10 _____IUEMMEUSC _____AUNUSq^A
 11 ATESOLOFIERIPOTEST**EPAR****M_____
 12 ***E—LLOM_____SLIBERTUSFITSC_____
 13 IUSQUIRITIUMCONSECUTUSM_____
 14 *ATqN_____QU_____
 15 DATURqC'QUOMINUSQUIRITIUMFUERITCONSECU
 16 _____INBONISETEXIUREq RITIUMSITM^M
 17 SUSABEODEMSCILICETETLATINUSFIERIPOTEET
 18 IUSQUIRITIUMZSEQUI.

Von den bei Ulpian aufgeführten Wegen fehlten nur die kaiserliche Verleihung, die Iteration und die mulier ter enixa. Daß bei Gaius am Schluß von der Iteration die Rede ist, läßt sich nicht verkennen. Das Wort consilium auf der fünften Zeile beweist, wenn es richtig gelesen ist, daß schon hier der Abschnitt von der Iteration begonnen hatte, denn

ein consilium hat mit den beiden anderen Arten durchaus nichts zu thun, während es bei der Iteration in einem der möglichen Fälle erwartet wird, nämlich bei der Freilassung eines Slaven unter 30 Jahren, ohne daß die causae probatio vorausgegangen wäre. Dazu könnten auch die Züge auf Zeile 4 passen, wenn man etwa so ergänzt:

Item minores XXX annorum manumissi si Latini facti sunt ideo | quia manumissionis¹⁾ causam consilium non adprobavit.

Hiernach wären das beneficium principale und die mulier ter enixa auf die drei ersten Zeilen zusammengedrängt gewesen, während auf obiges die Angabe der beiden anderen Fälle, formlose Freilassung und Freilassung durch den bonitarischen Eigenthümer folgen mußten mit dem Schlusssatz, daß in diesen Fällen Wiederholung der Freilassung durch den vollberechtigten Eigenthümer den Latinen zum civis Romanus mache. Auf Zeile 10 und 11 ist augenscheinlich eine weitere Ausführung für den Fall gegeben, wenn das quiritarische und bonitarische Eigenthum nicht in einer Hand vereinigt sind; das beweist der Gegensatz meus und a te solo. Eben davon muß der ganze folgende Abschnitt handeln, da am Schluß gesagt wird, daß derjenige, welcher das volle ex iure Quiritium hat, den Slaven sowohl zum Latinus, als zum römischen Bürger machen kann.

Anfang dieser ganzen Auseinandersetzung kann füglich nur das ergo auf Zeile 9 sein; die überlieferten Züge bieten Anhalt genug, um einen Versuch der Restitution zu rechtfertigen. Vielleicht trifft der folgende das rechte:

¹⁾ 'quia manumissionis' machen des Raumes wegen keines Schwierigkeit.

9 _____ERGOSISERUUSI
 10 BONISQD·TUISEXI·q·AUTEMMEUSESTLATINUSQD
 11 ATESOLOFIERIPOTEST_____
 12 _____ULLOMC·ROMANUSLIBERTUSFITSEDSITUP'EA
 13 IUSQUIRITIUMCONSECUTUSMMSIONEMITERAUERIS—
 14 _____CONSER
 15 BATURQ^oC'QUEMIUSQUIRITIUMFUERITCONSECU
 16 TUSCUI·AT·ETINBONISETEXIUREq·RITIUMSITM^M

Nehmen wir nun Anfang und Schluß hinzu und füllen die gebliebenen Lücken dem Sinne nach aus, so erhalten wir etwa folgenden Text:

Item minores triginta annorum manumissi si Latini facti sunt ideo, quia manumissionis causam consilium non adprobavit, item liberti Latini, qui vel inter amicos vel ab eo manumissi sunt, cuius in bonis, non ex iure Quiritium fuerunt, fient cives Romani, si is, cuius ex iure Quiritium sunt, manumissionem iteraverit. Ergo si servus in bonis quidem tuis, ex iure Quiritium autem meus est, Latinus quidem a te solo fieri potest nec tamen a me iterum manumissus ullo modo civis Romanus libertus fit; sed si tu postea ius Quiritium consecutus manumissionem iteraveris, civis Romanus fit. Patronatus sane ius tibi in eo conservatur, quocumque modo ius Quiritium fuerit consecutus. Cuius autem et in bonis et ex iure Quiritium¹⁾ sit manumissus, ab eodem scilicet et Latinus fieri potest et ius Quiritium consequi.

In dieser Ergänzung sind für die Iteration drei Sätze aufgestellt, 1. daß sie bei allen durch Freilassung zu Latinen

¹⁾ Die Handschrift scheint q·RITIUM (= queritium) zu haben, da q̇ (= qui) sich sonst ohne Zwischenraum an den folgenden Buchstaben anschließt.

gewordenen Anwendung findet, 2. daß der vom bonitarischen Eigenthümer Freigelassene nicht durch den derzeitigen quiritarischen Eigenthümer, sondern nur durch jenen selbst, nachdem er das quiritarische Eigenthum erlangt hat, zum römischen Bürger gemacht werden kann, 3. daß das Patronatrecht an einem Latinus libertus auch dann fortbesteht, wenn dieser nicht vom Patron selbst, also nicht durch Iteration das römische Bürgerrecht erlangt hat.

Von diesen Sätzen wird der dritte wohl nicht auf Widerspruch stoßen¹⁾. Die anderen beiden werden von den Hauptschriftstellern auf diesem Gebiet, Bethmann-Hollweg und Vangerow, verworfen, doch so, daß beider Ansichten im schroffsten Gegensatze zu einander stehen.

Zunächst dem zweiten Satz gegenüber behauptet Bethmann-Hollweg²⁾, die Iteration sei ein rein persönliches Recht und könne nur von demjenigen ausgehen, der die erste Manumission vorgenommen habe, nicht auch von seinen Erben; ja die Voraussetzungen der Iteration müßten schon im Augenblick der ersten Freilassung in der Person des Freilassers vorhanden sein, also der bonitarische Eigenthümer werde durch nachträgliche Erlangung des quiritarischen Eigenthums zur Iteration nicht befähigt. Die erste dieser Behauptungen wurde widerlegt durch Vat. fr. § 221³⁾ und auch die zweite hat keinen Anhalt.

Vangerow hingegen räumt nach der Freilassung Seitens

¹⁾ In Betreff des patronatischen Erbrechts ist Gai. 3, 72. 73 zu vergleichen.

²⁾ De causae probatione S. 88.

³⁾ Si alius eum Latinum fecerit, alius iteraverit, an utriusque liberorum tutelam suscipiat videndum *rel.*

des bonitarischen Eigenthümers dem quiritarischen Eigenthümer unbeschränkt die Befugniss zur Iteration ein¹⁾). Bewiesen soll dies dadurch werden, dafs nach römischer Auffassung jeder Freie sich selbst im Eigenthum habe und dafs die Freilassung für den bisherigen Slaven eine Uebertragung des Eigenthums an sich selbst enthalte. Wie nun durch Freilassung Seitens des quiritarischen Eigenthümers das ex iure Quiritium zwar nicht vom Slaven selbst, aber durch ihn dem bonitarischen Eigenthümer erworben werde, so müsse unbedingt der vom bonitarischen Eigenthümer Freigelassene durch Iteration Seitens des quiritarischen Eigenthümers das ius Quiritium selbst erwerben.

Jene angeblich römische Auffassung hat wenig Glauben gefunden; sie ist weder bewiesen noch beweisbar. Was aber gegen die Befugniss des quiritarischen Eigenthümers zur Iteration spricht, hat schon Bethmann-Hollweg hervorgehoben, dafs ihm nämlich damit die Möglichkeit eingeräumt werde die Rechte des bonitarischen Eigenthümers in hohem Grade einzuschränken; das Patronatrecht über den Latinus geht bekanntlich bedeutend weiter, als das über den civis Romanus libertus. Und dazu käme auch die Frage, ob nicht durch eine solche Iteration das ganze frühere Patronatrecht am Latinus beseitigt werden müsse, da doch nicht füglich ein anderer der Patron sein kann als derjenige, welcher den Latinus zum römischen Bürger gemacht hat²⁾).

¹⁾ Latini Iuniani S. 150.

²⁾ Inwiefern Gai. 1, 167 (unde si ancilla ex iure Quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo, non etiam a te manumissa, Latina fieri potest) für Vangerow beweisen soll, ist nicht abzusehen. In Vat.

Hiernach möchte die in der obigen Ergänzung gegebene Ausschließung des bloß quiritarischen Eigenthümers von der Iteration gerechtfertigt sein.

Der ersten in der Ergänzung ausgesprochenen Behauptung, daß es für die Zulässigkeit der Iteration nicht darauf ankomme, auf welche Weise der Freigelassene Latinus geworden, stehen nicht lediglich die Ansichten der genannten beiden Schriftsteller gegenüber, sondern jeder stützt sich auf ein Quellenzeugniß.

Vangerow bezieht sich auf den § 14 des fragmentum Dositheanum. Der lateinische Text desselben lautet so:

Is autem, qui manumittitur inter amicos, quotcumque est annorum, Latinus fit et tantum¹⁾ ei hoc prodest²⁾ manumissio³⁾, ut postea iterum possit ex vindicta vel testamento manumitti et civis Romanus⁴⁾ fieri.

In dieser Fassung sagt die Stelle, daß nur der unförmlich Freigelassene durch Iteration die Civität erlangen könne. Vangerow findet dies ganz in der Ordnung, er sieht darin eine Bestätigung für seine Behauptung, daß eine förmliche Freilassung, wenn sie den Slaven nicht zum römischen Bürger macht, doch das Eigenthum ex iure Quiritium aufhebe, so daß niemand mehr da sei, der die Iteration gültig vernehmen könne⁵⁾. Diese Behauptung geht aber zurück auf ein von Vangerow aufgestelltes Princip des römischen Rechts,

fr. 221 ist jedenfalls zunächst nur an manumissio inter amicos und nachherige Veräußerung des Latinus gedacht.

¹⁾ solum *Scal.* ²⁾ προχωρεῖ prodest *Vofs.*, προσχωρεῖ procedit *Scal.*

³⁾ τη ελευθερία manumissio *Vofs.*, ελευθερία libertas *Scal.* ⁴⁾ ρωμαίων romanorum *Vofs.*

⁵⁾ Latini Iuniani S. 149 f. 161 f.

man solle eine civilrechtliche Form nie umsonst angewendet haben, sie bringe stets alle diejenigen Wirkungen hervor, welche den Umständen nach möglich sind, sollten es auch nicht gerade die beabsichtigten sein. Das ist eine verkehrte Abstraction aus einzelnen Sätzen, die weder alle in Zusammenhang mit einander stehen, noch auf diesem Wege ihre Erklärung finden können¹⁾. Dabei sieht Vangerow nicht einmal, daß der jetzige Wortlaut der Stelle auch mit seiner Theorie in Widerspruch steht; er würde die Iteration selbst dann ausschließen, wenn der bonitarische Eigenthümer vindicta freigelassen hätte.

Es läßt sich in der That kein Grund absehen, warum die Iteration auf den formlos freigelassenen Latinus beschränkt wäre, und es ist deshalb schon längst versucht worden diese Beschränkung durch Emendation zu beseitigen. Böcking (nicht Lachmann) hat die Worte 'ei hoc' umgestellt; das giebt eben den Sinn, als gewähre die manumissio inter amicos dem Freigelassenen nichts weiter als die Möglichkeit der Iteration, wogegen sich Vangerow mit Recht erklärt. Huchke meint ἐλευθερία des griechischen Textes statt 'manumissio' sei entstanden aus λ' ἐτῶν ἡλικία, und stellt den lateinischen Text so her: 'et tantum ei hoc prodest triginta annorum aetas'.

¹⁾ Vangerow a. a. O. S. 20. 21 führt folgende auf: Accrescenz eines im Miteigenthum stehenden Slaven bei Freilassung von nur einem der Herren, in iure cessio der legitima tutela seitens des cessicius tutor, der hereditas nach Erwerb derselben, des ususfructus an einen dritten. Für die Rechtshandlungen vor dem Prätor hatte schon Puggé denselben Satz im Rheinischen Museum für Jurisprudenz 1 S. 150 aufgestellt. Beide scheinen übersehen zu haben, daß die Wirkungen eines solchen Grundsatzes unendlich viel weiter hätten greifen müssen.

Der damit gewonnene Sinn ist unangreifbar¹⁾, nur wird man noch die Umstellung 'hoc ei' hinzunehmen müssen; aber als Emendation ist der Vorschlag unannehmbar; von einer Aehnlichkeit der beiden angeblich verwechselten Lesarten kann im Ernste nicht die Rede sein. Auch scheint das Wort manumissio dem Juristen anzugehören. Im griechischen Text ist stets für manumissio und libertas gleichmäfsig ἐλευθερία gesetzt²⁾ und dadurch ist es gekommen, dafs im § 15 steht 'quo peragitur libertas' statt 'quo peragitur manumissio'. Dafs manumissio nicht durchgängig ausgemerzt worden, erklärt sich, wie auch das Festhalten sonstiger technischer Ausdrücke, nur aus dem steten Zurückgehen auf den ursprünglichen Text³⁾. Dahingegen könnte die Uebersetzung manumissio für ἐλευθερία nur dann begreiflich sein, wenn man annehmen wollte, die Uebersetzer hätten sich um den Sinn ihres Themas bekümmert, eine Voraussetzung, die doch offenbar nicht zutrifft.

Es möchte wohl richtiger sein nach Lachmanns Vorgang von dem lateinischen Text auszugehen. Die leichteste Aenderung wird sein, dafs man hoc in dem Satze 'et tantum ei hoc prodest manumissio' streicht. Damit gewinnen wir eine allgemeine Fassung, die entsprechend der Absicht des ganzen Abschnitts nur auf die unförmliche Freilassung geht⁴⁾, ohne

¹⁾ Huschke meint doch wohl, dafs die Iteration auch dann wirksam sei, wenn der Eintritt in das 30. Jahr erst nach der ersten Freilassung erfolgt, nicht dafs sie auf die im Alter von 30 Jahren und darüber Freigelassenen beschränkt sei; über letzteres s. u.

²⁾ Für manumissio noch in § 8. 10.

³⁾ Vergl. Lachmann, Versuch über Dositheus S. 5.

⁴⁾ Man scheint bisher noch nicht beachtet zu haben, dafs der Jurist

doch einen Gegensatz für die Fälle der formellen Freilassung einzuschließen.

Bethmann-Hollweg stellt wegen Ulpian 3, 4 eine anderweitige Beschränkung der Iteration auf¹⁾. Ulpian sagt:

Iteratione fit civis Romanus, qui post Latinitatem, quam acceperat maior triginta annorum, iterum iuste manumissus est ab eo, cuius ex iure Quiritium servus fuit. Sed huic concessum est ut ex senatus consulto etiam liberis ius Quiritium consequi.

Die iteratio gilt also nur für diejenigen, welche in einem Alter über 30 Jahre freigelassen worden. Das müßte eine specielle Beschränkung durch die lex Iunia gewesen sein; die lex Aelia Sentia hatte, so viel wir wissen, der Iteration in diesem Fall nichts in den Weg gelegt. Wie die lex Iunia dazu gekommen wäre, ist völlig unbegreiflich, da sie ja die unter 30 Jahren freigelassenen von den sonstigen Wegen, die zur Civität führen, nicht ausschließt, wie denn überhaupt ihre Tendenz darauf gerichtet ist die Lage der ungültig freigelassenen nicht zu verschlimmern, sondern zu erleichtern. Doch scheint Bethmann-Hollweg die Ausschließung der Ite-

—
durchaus nicht im Sinne hat in dem erhaltenen Bruchstück eine vollständige Erörterung der Freilassungen zu geben; der grössere Theil desselben, § 6—16, handelt lediglich von der manumissio inter amicos; was sonst noch besprochen wird, dient nur dazu den Gegensatz jener hervorzuheben. Erst im § 17 beginnt als neuer Abschnitt die manumissio censu, die vielleicht auch wieder in derselben Breite dargestellt wurde. Dafs sich übrigens, wie Huschke meint, ein Schulmeister zu Uebungen im Uebersetzen für Anfänger ein Werk von Q. Cervidius Scaevola ausgewählt hätte, klingt fast wie Ironie; einen schlimmeren hätte er kaum auftreiben können.

¹⁾ De causae probatione S. 90.

ration auf die *lex Aelia Sentia* zurückzuführen und erklärt sie daraus, daß es unpassend erschien denjenigen, der bereits unter Beobachtung des ganzen *Manumissionsritus* freigelassen war, durch eine Wiederholung desselben frei werden zu lassen¹⁾. Das Bedenken Bethmann-Hollwegs ist etwas dunkel; sollen etwa die Römer den Formalhandlungen denselben Charakter beigelegt haben, wie die Kirche dem Sacrament, oder sollte gar der Satz '*bis de eadem re ne sit actio*' auf alle Rechtsgeschäfte ausgedehnt worden sein?

Ulpian's Worte stehen aber auch im Widerspruch mit dem Zeugniß bei Dositheus § 14, daß alle durch formlose Freilassung zu *Latini* Gewordenen vermöge der Iteration das Bürgerrecht erlangen, gleichviel in welchem Alter sie zur Zeit der ersten Freilassung standen. Der Wortlaut der obigen Stelle beschränkt sich eben nicht, wie Bethmann-Hollweg annehmen muß, auf die formelle Freilassung.

Diese Bedenken werden wohl genügen, um die bei Ulpian ausgesprochene Beschränkung der Iteration zu verwerfen. Hätten wir es mit einem Schriftsteller zu thun, der uns in reiner Gestalt überliefert wäre, so würde das freilich kaum angehen; daß aber Ulpian's *liber singularis regularum* uns nur in einem ungeschickten Auszuge vorliegt, darf als bewiesen gelten, und gerade der Abschnitt von den Freilassungen zeigt starke Spuren unverständiger Einwirkung des Epitomator. Es wäre deshalb auch nicht angebracht Vorschläge zur Aen-

¹⁾ De causae probatione S. 91: '*Iuris rationi non videbatur consentaneum, ut qui quantum ad manumissionis formam ac sollemnitatem iuste liberatus esset, iusta manumissione iterum liberaretur*'. Ueber einen anderen Grund für Einführung jener Beschränkung vergl. Vangerow, *Latini Iuniani* S. 17 f.

derung des Textes zu machen, wir würden damit weniger die Worte Ulpian's wieder gewinnen, als den Epitomator selbst verbessern.

Hiermit möchte gezeigt sein, daß wir die Grenzen der Iteration um der sonstigen Quellenzeugnisse willen weder enger noch weiter stecken dürfen, als in der obigen Restitution der Gaiusstelle geschehen.

Gaius 3, 43—53.

Von dem Abschnitt über das Erbrecht des Patron's am Nachlaß des *libertus civis Romanus* (Gai. 3, 39—53) sind mehrere Stellen bisher lückenhaft gewesen; einige derselben sind jetzt ganz gelesen und werfen zum Theil die bisherigen Ansichten um¹⁾, andere bringen so viel neues, daß eine Revision der früheren Ergänzungsvorschläge nothwendig wird.

Gestützt auf Gaius und den kurzen Abriss, mit welchem Ulpian's *regulae* abrechnen, gab man folgende Entwicklung des patronatischen Erbrechts.

Nach den 12 Tafeln wurde der Patron nur ab intestato hinter den *sui* des *libertus* gerufen; ebenso seine agnatischen Descendenten und die *patrona*.

Das prätorische Edict erweiterte die Klasse der dem Patron vorgehenden *sui* zur Klasse der *liberi*, gab aber dem Patron die *bonorum possessio contra tabulas liberti* auf die Hälfte des Nachlasses sowohl gegen alle *extranei heredes*,

¹⁾ Die Hauptarbeiten über die hier behandelten Fragen sind: Huschke, Studien des Römischen Rechts. Breslau 1830. S. 25—58 und Adolf Schmidt, Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des Parens Manumissor. Heidelberg 1868. S. 7—23.

als gegen die künstlich durch Adoption oder in manum conventio agnascirten sui; gegen dieselben sui bekam er auch bonorum possessio ab intestato auf die Hälfte. Von dieser prätorischen Succession blieben die Patronin und die weiblichen Descendenten des Patrons ausgeschlossen.

Weitere Bestimmungen sind durch die lex Papia Pop-paea getroffen. Hatte der Freigelassene ein Vermögen von nicht weniger als 100000 Sesterzen, so sollte der Patron sowohl ab intestato als contra tabulas auch mit den Kindern des Patrons zu einem Kopftheil concurriren, wenn deren nicht mehr als drei den Erblasser überlebten.

Ferner gab das Gesetz der liberta quattuor liberis honorata die Befreiung von der Tutel des Patrons und damit die Möglichkeit ohne des Patrons Willen ein Testament zu machen. Dagegen gewährte sie dem letzteren die bonorum possessio contra tabulas auf einen Kopftheil nach Maßgabe der die Erblasserin überlebenden Kinder¹⁾.

Beide Bestimmungen galten auch zu Gunsten der männlichen agnatischen Descendenten des Patrons.

Der Patronin wurden gegenüber dem libertus, wenn sie als Freigeborne zwei, als Freigelassene drei Kinder hatte, im Ganzen die Rechte gewährt, welche das Edict dem Patron eingeräumt hatte.

Die freigeborne Patronin soll, wenn sie drei Kinder hat, auch das dem Patron durch das Gesetz eingeräumte Erb-recht an dem Nachlaß eines Centenarius haben.

Gegen das Testament einer liberta bekommt die Patronin,

¹⁾ Huschke, Studien S. 28 f. vermuthet ohne genügenden Grund Beschränkung des Patrons ab intestato auf denselben Theil, während die Patronin im gleichen Fall einzige Erbin ist (Gai. 3, 51).

wenn sie Kinder hat, nur das Recht, welches der Patron nach dem prätorischen Edict gegen das Testament eines Freigelassenen hatte.

Die Tochter des Patrons wird, wenn sie drei Kinder hat, so gestellt:

1. am Nachlaß des libertus hat sie die bonorum possessio contra tabulas und ab intestato ganz wie der Patron selbst;
2. gegenüber der liberta mit vier Kindern soll sie ab intestato einen Kopftheil bekommen; was sie contra tabulas verlangen konnte, war bei Gaius 3 § 47 unleserlich.

Endlich regelte die lex Iulia noch die Erbberechtigung für die Descendenz der patrona. Die Stelle bei Gaius (3, 53) schien verdorben und wurde verschieden ergänzt.

Was nun zunächst die neu gelesenen Stücke angeht, so gehört dahin theilweise gleich die letzte Stelle. Früher lautete Gai. 3, 53 so:

Eadem lex patronae filiae liberis honoratae ** | patroni iura dedit; sed in huius persona etiam unius filii filiaeve ius sufficit.

Das, sagte man, kann nicht richtig sein; es widerspricht der Tendenz des Gesetzes und setzt ein unerklärliches Uebergehen des doch zunächst in Frage kommenden Sohns der Patronin voraus. Man glaubte deshalb beide, Sohn und Tochter, hineinbringen zu bringen¹⁾.

Studemund liest den ersten Satz folgendermaßen:

Eadem lex patronae filio liberis honorato cre | patroni iura dedit.

¹⁾ Vergl. z. B. Huschke, Studien S. 48 f. Schmidt a. a. O. S. 23.

Davon sind die letzten vier Buchstaben der ersten Zeile (ocre) zweifelhaft. Ich möchte statt 'cre' vorschlagen 'fere' zu setzen, so daß das f durch Versehen ausgefallen wäre. Es liegt auf der Hand, daß einzelne Modificationen eintreten mußten, und Gaius hebt auch gleich im folgenden Paragraph hervor, daß er diese ganze Lehre nur dem Umriss nach wiedergegeben habe¹⁾. Die filia patronae bleibt also ganz aus dem Spiel; wenn sie überhaupt ein Erbrecht bekam — und das möchte man nach l. 10 de operis libertorum (38, 2) annehmen, da hier von den liberi patronae allgemein gesprochen wird — so liefs es Gaius als zu sehr ins Einzelne gehend weg.

Die abweichenden Lesungen im § 46 ergeben sachlich nichts Neues, wohl aber im § 47. Dieser lautet jetzt:

Set ut ex bonis libertae testatae quattuor liberos habentis virilis pars ei debeatur, ne liberorum quidem iure consequitur²⁾, ut quidam putant; set tamen intestata liberta mortua verba legis Papiae faciunt, ut ei virilis pars debeatur; si vero testamento facto mortua sit liberta, tale ius ei datur, quale datum est contra tabulas testamenti liberti, id est quale et virilis sexus patronorum liberi contra tabulas testamenti liberti habent: quamvis parum diligenter ea pars legis scripta sit.

Die Worte 'quale datum est contra tabulas testamenti liberti' stehen in dieser Fassung ganz müßig vor den folgenden; ohne Benennung der Person, welcher die bonorum possessio contra tabulas gegeben ist, bleiben sie auch vollkommen unverständlich. Man wird deshalb hinter 'est' er-

¹⁾ Vergl. übrigens § 50 'eadem fere iura dedit'.

²⁾ So hatte schon Huschke richtig die Lücke ausgefüllt.

gänzen müssen 'patrono', denn nur dessen Recht ist mit dem des filius patroni identisch.

Mit dem obigen Text schwindet jeder Widerspruch zwischen denen, die der Tochter des Patrons die pars virilis absprechen, und Gaius; letzterer adoptirt vielmehr ihre Ansicht und führt, nachdem er erst das Intestaterbrecht besprochen hat, aus, daß der Tochter des Patrons gegen das Testament wenigstens das Recht zustehe, welches der Sohn gegen das Testament eines Freigelassenen habe.

Wie kam man nun aber zu den Zweifeln über die Rechte gegenüber der liberta quattuor liberis honorata, wie sie in dem 'quidam putant' angedeutet werden? So viel ist klar, daß für beide Fälle der Intestat- und testamentarischen Erbfolge nichts ausdrückliches verordnet sein konnte; denn auch für erstere muß Gaius aus dem Wortlaut einer allgemeineren Bestimmung die Entscheidung ableiten.

Huschke nimmt an, die lex Papia Poppaea habe die filia patroni tribus liberis honorata dem filius gleichgestellt; dann hätten aber auch die von ihm vorgebrachten Gründe keinen römischen Juristen abhalten dürfen ihr die pars virilis gegen das Testament der Freigelassenen einzuräumen.

Vielmehr wird man aus Gaius folgern müssen, daß die Tochter des Patrons nicht ganz allgemein dem Patron gleichgestellt, sondern daß ihr nur die Rechte eingeräumt sind, welche der Sohn des Patrons — diesen zu nennen lag äußerlich näher — gegen das Testament eines Freigelassenen hat. Die Tendenz des Gesetzes, meint Gaius, ging jedenfalls nicht dahin das patronatische Erbrecht am Nachlaß einer liberta ungünstiger zu gestalten, als an dem des libertus; demnach müsse libertus in der betreffenden Bestimmung auf beide Ge-

schlechter bezogen werden. Damit stimmt die Entscheidung im § 46¹⁾. Für die Intestaterbfolge konnte dies freilich nicht Platz greifen, denn die Bestimmungen des Edicts gegen die künstlichen *sui* waren von selbst ausgeschlossen²⁾. Doch bedarf die Tochter des Patrons hier keiner Begünstigung durch die *lex Papia Poppaea*, sie war ganz wie die Patronin (§ 51) die einzige Erbin. Wenn also Gaius aus einer anderen, für uns nicht zu errathenden Bestimmung des Gesetzes ableitet, daß sie nur einen Kopftheil bekommen soll, so kann das nur eine Beschränkung zu Gunsten der Freigelassenen mit vier Kindern sein; es müßte ihr denn der Kopftheil für den Fall der *capitis deminutio* auf ihrer oder auf Seiten der Freigelassenen zugesichert sein.

Was für Rechte giebt nun Gaius der Tochter des Patrons gegen das Testament der Freigelassenen? Der Patron hat abgesehen von der *pars virilis* am Nachlaß des *centenarius* die *bonorum possessio contra tabulas* auf die Hälfte, wenn keine *liberi naturales* zur Erbschaft gerufen sind. Würden somit die Kinder der Freigelassenen die Tochter des

¹⁾ Darauf geht ferner die Bemerkung von Justinian in l. 4 § 21 C. de bonis libertorum (6, 4), daß man bisher die Tochter des Patrons dem Sohn durch Fiction gleichgestellt habe. Diese Beziehung hat Huschke S. 44 f., freilich in seinem Sinne, gegenüber Unterholzner, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 5 S. 27 f. festgestellt.

²⁾ Huschke S. 40 f. glaubt umgekehrt gerade nur bei diesem Falle an eine Durchführung der Gleichstellung mit dem Sohn des Patrons und stützt darauf seine Annahme, daß der Patron auch ab intestato auf den Kopftheil beschränkt sei (s. o. S. 125 N. 1), während für die testamentarische Erbfolge die Tochter des Patrons allgemein der Patronin gleichgestellt worden. Dem Erfolge nach kommt Huschke damit zu dem gleichen Resultat.

Patrons ausschliessen — und das nimmt Schmidt an¹⁾ — so wäre das Erbrecht der letzteren ziemlich gleich Null. Man kann aber auch sagen, nur die *liberi* im Sinne des Edicts oder nach Gaius § 41 die zur Todeszeit in der Gewalt stehenden zugleich mit den *emancipati* und in *adoptionem dati* genügten zur Ausschließung der Tochter des Patrons, solche fallen aber bei der Freigelassenen fort, also würde jene stets zur Hälfte gerufen. Huschke²⁾ scheint diesen Schluss gemacht zu haben, wenigstens stimmt er im Resultat damit überein. Dem stehen jedoch zwei Bedenken gegenüber. Einmal würde so das Erbrecht *contra tabulas* höher sein als das Intestaterbrecht, so daß die Freigelassene durch Errichtung eines Testaments die Lage ihrer Kinder verschlimmert. Dann aber kann doch die Tochter des Patrons nicht besser gestellt sein als der Patron selbst, und es wäre höchst wunderlich, daß Gaius sich der Meinung derjenigen anschliesst, die jener nicht einmal den Kopftheil zubilligen, während er ihr nachher die Hälfte giebt. Wir werden hier wohl auf ein abschließendes Resultat verzichten müssen; sagt doch Gaius (§ 54) selbst, daß er die ganze Lehre mehr angedeutet als ausgeführt habe.

Es bleiben noch die Rechte des Patrons am Nachlaß einer Freigelassenen zu besprechen; davon handeln die auch jetzt nicht vollständig gelesenen §§ 43, 44. Der Anfang, soweit er auf Seite 136 steht, bot der Lesung schon früher keine Schwierigkeiten. Er lautet:

In bonis libertinarum nullam iniuriam antiquo iure patiebantur patroni. Cum enim hae in patronorum legitima

¹⁾ S. 22; ebenso S. 20 natürlich bei der Patronin nach Gai. 3, 52.

²⁾ Studien S. 41. 43.

tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant quam patrono auctore; itaque sive auctor ad testamentum faciendum.

Den Anfang der nächsten Seite giebt das Apographum so:

- 1 FACTUSE_____R_____
- 2 RELIC(III)_____
- 3 CTUSERAT*****BATURHEREDITASSIUEROAUCTOR
- 4 EIFA***SNONERA(TNIIIIUSI)ATALIH(*I)MORIEBAT.
- 5 AD_____
- 6 TINEBATNCCQUIRIULLUS(*|*M)_____
- 7 POSSITPATRONUMABONISL_____
- 8 PELLERESEDPOSTEALEXPAPIACUMQUATTUORLIBE
- 9 RORUMIURELIB TINASTUTELAPATRONORUMLIBE
- 10 RARETEEOMODOCONCEDEREETEISETIAMSINETU
- 11 TORISAUCTORITATEC_____
- 12 UTPRONUMEROLIBEROR_____
- 13 REHABUERITUIRILISPARSPATRONODEBEATUREI
- 14 COEXBONISEIUSQUAEOMNIA_____DORIDEOLURIS
- 15 (II*S)PRCSRC(BNII**CPI||||OUIIIII||||O_____IP*IQU)
- 16 *PISSID_____
- 17 *ASADPATRONUMPERTINET.

Der Inhalt dieser Stelle ist bei Ulpian 29, 2, 3 wiedergegeben, doch so, daß hier gleich zu Anfang eine Lücke hineingekommen ist. Nach der Vaticanischen Handschrift ist nämlich der Text folgender:

In bonis libertae patrono nihil iuris ex edicto datur; itaque seu intestata moriatur, semper ad eum hereditas pertinet, licet liberi sint libertae, quoniam non sunt sui heredes matri, *ut obstent* patrono. (§ 3) Lex Papia Poppaea postea libertas quattuor liberorum iure tutela patronorum liberavit; et cum intulerit iam posse eas sine auctoritate pa-

tronorum testari, prospexit ut pro numero liberorum libertae superstitum virilis pars patrono debeatur.

Dafs die erwähnte Lücke zwischen itaque und seu intestata anzunehmen und in der Weise zu ergänzen, wie Gaius von derselben Sache spricht, ist längst gesagt. Im Uebrigen erkennt man eine genau sich an Gaius anschliessende Darstellung, ja, wie überhaupt in dem ganzen Werke, grösstentheils ein Beibehalten desselben Ausdrucks. Sehen wir also zu, wie sich die einzelnen Abschnitte bei Ulpian auf den Text des Gaius vertheilen.

Ulpian's § 3 beginnt bei Gaius auf Zeile 8 und schliesst auf Zeile 13 mit debeatur. Die Zeilen 1—8 müssen also das Recht der 12 Tafeln behandelt haben. Da Gaius auf Zeile 3 den Fall anfängt, dafs der Patron die Errichtung eines Testaments durch Verweigerung der auctoritas verhindert hat, so mufs der auf der vorhergehenden Seite beginnende Fall, wenn die Freigelassene ein Testament errichtet hat, bis dahin besprochen sein.

In der nun folgenden Restitution der Seite 137, 1—17 sind diejenigen Ergänzungen, bei denen es zweifelhaft bleibt, ob Gaius sich gerade in dieser Form ausgedrückt hat, mit gewöhnlichen Lettern gedruckt.

- 1 FACTUS ERAT AUT DE SE QUERERE DEBEAT QUODSIBI NIHIL
- 2 RELICTUM ERAT AUT IPSUM EX TESTAMENTO SI HERES FA
- 3 CTUS ERAT SEQUEBATUR HEREDITAS SI UERO AUCTOR
- 4 EI FACTUS NON ERAT ET IN TESTATA LIB·TAMORIEBAT'Q
- 5 ASUO SĒDES FEMINA HABERE NĒ AD PATRONUM PER
- 6 TINEBAT N' COGITARI ULLUS CASUS POTERAT QUO QUIS
- 7 POSSIT PATRONUM AB ONIS LIBERTATIS INUITUM RE
- 8 PELLERE SED POSTEA LEX PAPIACUM QUATTUOR LIBE
- 9 RORUM IURE LIB·TINASTUT ELA PATRONORUM LIBE

- 10 RARETE OMODO CONCEDERE ET IAM SIN ET U
 11 TORIS AUCTORITATE Conderet testamentum prospexit
 12 UT PRONUMERO LIBERORUM QUOS LIB· TAMORTI TEMPO
 13 REHABUERIT VIRILIS PARS PATRONO DEBEATUR EI
 14 Q· EX BONIS EIUS QUAE C· MILIAS EST TERTIORUM PLURIS
 15 U· E· relinquerit PATRIMONIUM si testamentum fecerit
 16 dimidia pars debeat si uero intestatus liberta decessit tota
 17 H· TAS AD PATRONUM PERTINET.

Einer Umschreibung bedarf es nicht; zu bemerken ist nur, daß für das 'possit' zu Anfang von Zeile 7 zu schreiben ist 'posset', und daß der Satz auf Zeile 5 'quia suos heredes femina habere non potest' nach § 51¹⁾ gebildet ist; denn nur auf einen gleichlautenden Ausdruck, nicht auf die nur sachlich damit übereinstimmende Bemerkung in 2, 16, kann sich die Rückverweisung beziehen.

Die am Schluss hineingebrachte Bestimmung für die liberta centenaria kann durch das Schweigen der epitome Ulpiani nach dem allgemeinen Charakter dieses Werks nicht widerlegt werden. Die analoge Bestimmung beim libertus führt darauf, und wie sehr die Züge zum Theil damit übereinstimmen, lehrt der Augenschein. Auch der Pflichttheil der Hälfte ist nicht willkürlich gewählt. Wenn dem Patron nach der Tendenz des Gesetzes in diesem Fall mehr gewährt werden sollte, so mußte über die pars virilis, die ihm gegenüber den Kindern beim männlichen Freigelassenen eingeräumt war, hinausgegangen werden. Jeder kleinere Bruchtheil als die Hälfte hätte aber einen Conflict mit der ihm allgemein zustehenden pars virilis erzeugt, sobald nur ein Kind die liberta überlebte.

¹⁾ Numquam enim, sicut supra diximus, feminae suum heredem habere possunt.

Gaius 3, 79—81.

Der Hergang und die Wirkungen der *bonorum venditio*, wie sie von Gaius 3, 79—81 geschildert werden, hat durch die neue Lesung verhältnißmäßig wenig gewonnen. Dennoch möchten sich daraus für jenen nicht unwichtige Resultate herleiten lassen.

Nach der jetzt herrschenden Meinung zerfällt das Verfahren, welches dem Verkauf der Güter vorausgeht, in drei Abschnitte. Dem Antrage auf Ertheilung der *missio in possessionem* folgt ein Zeitraum von 30 beziehungsweise 15 Tagen, je nachdem der *Concurs* über das Vermögen eines Lebenden oder eines Verstorbenen eingeleitet ist. Nach Ablauf desselben wählen die Gläubiger auf Veranlassung des Prätor den *magister* und nach einer weiteren Frist von einigen Tagen, deren Zahl unbekannt, treten sie nochmals zusammen, um die *leges venditionis* festzustellen. Hierauf endlich verfließt eine dritte Frist von 30 beziehungsweise 20 Tagen bis zum wirklichen Verkauf.

Diese Darstellung beruhte theils auf den Angaben von Gaius, hauptsächlich aber auf Theophilus 3, 12¹⁾. Trotzdem sind alle darin einig, daß letzterer zwar für seinen Bericht aus alten Quellen geschöpft, aber aus eigenem Unverstande eine Reihe von Verkehrtheiten hineingearbeitet hat; nur in

¹⁾ Die Erwähnung der *bonorum venditio* bei Cicero ad Att. 6, 1, 15 (*alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciundis, vendendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent*) darf nicht wohl als Bestätigung angeführt werden.

der Ausscheidung letzterer herrscht nicht volle Uebereinstimmung¹⁾).

Theophilus Erzählung ist in kurzem folgende. Hatte Jemand mehrere Gläubiger und hielt sich vor diesen verbor-gen, wurde auch nicht von anderer Seite defendirt, so er-wirkten jene vom Prätor die Einweisung in den Besitz. Nachdem dieser eine bestimmte Frist gedauert, erbatn sie sich vom Prätor die Erlaubnifs zur Wahl des magister aus ihrer Mitte, der den Verkauf der Güter des Cridars über-nahm; von Seiten der Gläubiger würde dies unthunlich ge-wesen sein, sie hätten dazu alle Tage zusammenkommen müssen²⁾. Die Gläubiger erliessen nun eine öffentliche Auf-forderung zum Bieten³⁾. Nach Ablauf weniger Tage erfolgt ein dritter Zusammentritt der Gläubiger vor dem Prätor, um die lex bonorum vendundorum aufzustellen. Dann mußte noch eine bestimmte Frist ablaufen, ehe der Zuspruch an den bonorum emptor erfolgen konnte.

Fragen wir uns nun, wodurch ein dritter Zusammentritt der Gläubiger zur Aufstellung der Verkaufsbedingungen veran-laszt wurde. Eine Antwort darauf findet man bei den Bear-

¹⁾ Am weitesten geht Dernburg in dem Glauben an Theophilus; im Uebrigen vergl. Stieber, De bonorum emtione S. 54; Keller, Seme-stria I S. 95; Bethmann-Hollweg, Civilproceß § 114, 26. 27. 57. 69.

²⁾ Theophilus setzt also voraus, daß von diesem Augenblick an bis zum endgültigen Zuschlag Gebote angenommen werden; zu anderen Zwecken wäre die tägliche Zusammenkunft der Gläubiger ebenso wenig nöthig gewesen als vordem.

³⁾ Es ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß die proscriptio erst jetzt erfolgte (*καὶ ἐγίνετο προγραφή*), aber dem Gange der Darstellung und dem Inhalt der proscriptio nach, wie sie Theophilus giebt, kann nichts anderes gemeint sein.

beitern der bonorum emptio nicht. Selbst wenn die leges venditionis außer den Angaben über die Masse und etwaigen Zahlungsbedingungen, wie Sicherheitsleistung seitens des Käufers u. dergl., auch noch einen Minimalpreis enthielten¹⁾, so sieht man doch nicht ein, weshalb das alles nicht gleich in demselben Termin mit der Wahl des magister abgemacht werden konnte. Ueber die Lage der Masse müssen ja die Gläubiger unterrichtet sein, dazu sollen ihnen die 30 Tage der possessio dienen.

Sonach scheint ein Nichtjurist, nämlich Lachmann, sach-

¹⁾ Dies war bisher aus Theophilus Formular einer lex venditionis hergeleitet, bis Keller (Semestria S. 74) gegen Stieber (De bonorum emptione S. 65) die Unhaltbarkeit einer solchen Clausel nachwies. Seitdem ist Bethmann-Hollweg (Civilproceß § 114, 75) doch wieder für die Richtigkeit der Angabe bei Theophilus eingetreten, weil dieser hierfür nur aus einer alten Quelle geschöpft haben könne. Aber trägt denn nicht das ganze Formular die Kennzeichen der Erfindung so offen an der Stirn, daß man nicht einmal auf die doch erwiesenen falsche proscriptio, die Theophilus voranschickt, hinzuweisen braucht? Was Theophilus für seine lex aus älteren Quellen geschöpft hat, ist die Notiz, daß die Gebote auf Quoten lauteten, zu denen die Concursgläubiger vom Bieter befriedigt werden sollen; er setzt die Quote gleich in die lex hinein, und zwar nicht etwa als Minimalpreis, sondern so, daß der erste, der den aufgestellten Satz acceptirt, definitiv als bonorum emptor angenommen werden müßte, daß also jedes eigentliche Bieten ausgeschlossen wäre. Dernburg (Ueber die emptio bonorum S. 127) hat insofern Theophilus richtiger aufgefaßt; wenn er aber dessen lex venditionis als den mit dem Meistbieter vereinbarten Vertrag ansieht, in den die Näherberechtigten eintreten könnten, so hat er damit gewiß weniger den Sinn des Theophilus getroffen, als den undankbaren Versuch unternommen, der ganz verworrenen Vorstellung derselben über die bonorum emptio eine falsbare Gestalt abzugewinnen.

lich das Richtige getroffen zu haben, als er Gai. 3, 79 so restituirte:

Si quidem vivi bona veneant, iubet ea praetor per dies continuos XXX possideri et proscribi, si vero mortui, post XV. Postea iubet convenire creditores et ex eo numero magistrum creari, id est eum per quem bona veneant. Itaque si vivi bona veneant, in diebus X praedicari iubet, si mortui, in diebus V licentibus. Itaque vivi bona XXXX (quadragesimo), mortui vero XX emptori addici iubet.

Diese Annahme, dafs der venditio bonorum nur zwei Fristen von zusammen 40 oder 20 Tagen vorausgingen, läfst sich in ungezwungener Weise mit der jetzigen Lesung vereinigen. Die betreffenden Zeilen (S. 148) lauten so:

6 NEANTITAQUESIBIUIBONAUEANEANTINDIEBUSUFIE
7 RIIUBETSIMORTUIINDIMIDIODIEBUSITA**UIUIBO
8 NAXXXMORTUIBEROXXEMPTORIADDICHIUBETQU

Das fieri auf Zeile 6. 7 setzt als Object unbedingt voraus 'bonorum venditionem', in Siglen $\overline{BU}$; es mufs also das $\overline{B}$ und die vorausgehende Zahl ausgefallen sein. Wir werden demnach so zu lesen haben:

Itaque si vivi bona veneant, in diebus X bonorum venditionem fieri iubet, si mortui, in dimidio. Diebus itaque¹⁾ vivi bona XXXX, mortui vero XX emptori addici iubet.

Auffallend ist nur das 'in dimidio', wozu man ergänzen soll 'tempore'; vielleicht steckt darin eine Corruption von quinque, die ihren Anlaß in einer Textglosse gefunden.

Wie ist nun aber Theophilus zu seinen drei Zeiträumen gekommen? Bethmann-Hollweg²⁾ sagt, diesem Theil seiner

¹⁾ Die gleiche Stellung hat itaque in 2, 227. 4, 4.

²⁾ Civilproceß § 114, 75.

Darstellung müsse, da er ihn weder aus dem Verfahren seiner Zeit entnommen, noch rein aus der Luft gegriffen haben konnte, eine ältere Quelle zu Grunde liegen. Das wird wohl richtig sein, ja man kann sogar behaupten, daß Gaius die Quelle gewesen. Hat Theophilus den Text so, wie er oben hergestellt ist, vor sich gehabt, so konnte er leicht durch das doppelte itaque, welches zuerst gleich et ita ist, darauf geführt werden auch das zweite in derselben Weise aufzufassen und damit aus der Zusammenfassung der bisherigen Zeiträume einen dritten zu machen.

Von den folgenden Lücken bei Gaius ist der Schluss von § 81 durch das Apographum nicht viel gefördert, doch ist der Sinn des Fehlenden ziemlich sicher. Der Schluss von § 80 (S. 148) sieht jetzt so aus:

- 15 INTERDUM QUIDEM BONORUM EMPTORIBUS N**
 16 SUS QUIDEM CAPIO CONTINGIT USUS PER EOS (I·IPICII)
 17 BONORUM EMPTOR * ** SCCON _____
 18 QUE (CNIUI·CPCCPII·OAQ) _____
 19 IIRUSU (O·IPIPIII·O) SITE M·Q·DE (UIII·IIC·C·II·*****)

Da Zeile 17—19 zum größeren Theil nur die unsicheren Lesungen Göschens enthalten, so ist an eine Wiederherstellung des Wortlauts nicht zu denken. Dem Sinne des Fehlenden läßt sich durch den Anfang 'interdum quidem bonorum emptoribus ne usus quidem capio contingit, velut si per eos' näher kommen. Huschke hat schon einen Fall hineinbringen wollen, wo die usucapio ausgeschlossen ist, nämlich die sectio, durch die das volle Eigenthum sofort übertragen wird. Das geht deswegen nicht, weil die sectio nicht als eine Unterart der bonorum venditio bezeichnet werden kann.

Näher liegt es ohnehin an einen Fall zu denken, in welchem die Usucapion zum Nachtheil des bonorum emptor wegfällt, und das kann kein anderer sein, als derjenige, wenn die ganze bonorum venditio in Ermangelung der edictmäßigen Bedingungen nichtig ist, wie z. B. in l. 30 D. de rebus auctor. iud. (42, 5) und in l. 7 § 3 D. quibus ex causis in poss. eatur (42, 4).

Ueber Ulpians libri duo institutionum.

Seitdem die Auszüge aus den Institutionen Ulpians, welche uns in einzelnen Sammelwerken erhalten sind, durch Endlicher um einige Bruchstücke aus dem Originalwerk bereichert worden, hat sich die Aufmerksamkeit der Romanisten diesem Werke vor vielen anderen Resten der klassischen Jurisprudenz zugewendet, die an innerem Werth demselben zum mindesten gleichstehen, im Umfang des geretteten Stoffs es meist übertreffen. Von verschiedenen Seiten ist es versucht worden aus den wenigen Trümmern die Gestalt der Schrift wiederzugewinnen, doch hat es niemand zu einem auch nur ihn selbst befriedigenden Resultat gebracht.

Der Hauptanlaß zum Streit lag in der Ordnung der Endlicher'schen Fragmente, in der diejenigen, welche sie selbst in Händen gehabt hatten, von entgegengesetzten Standpuncten ausgingen. Um deswillen mußte der Schlichtung des Streits eine neue Untersuchung der Handschrift voraufgehen; dieser habe ich mich im April 1869 unterzogen und hoffe ein entscheidendes Resultat gewonnen zu haben.

Die von Endlicher in der Wiener Hofbibliothek in einer Handschrift des Hilarius Pictaviensis de trinitate gefundenen Papyrusstreifen, welche ebenso wie die Fragmente aus einer

Handschrift der *historia naturalis* des Plinius zum Einheften der jüngeren Handschrift benutzt worden und jetzt mit jenen den Cod. lat. 1 bilden, bestehen nach seiner ersten Angabe¹⁾ aus zwei Stücken. Eins wird gebildet durch drei sich an einander anschließende Streifen mit je zwei Columnen, welche die unteren Zeilen und den unteren Rand der betreffenden Seiten enthalten. Ein vierter Streifen enthält die ersten Zeilen und einen Theil des oberen Randes eines Blatts. Die Zeilen lauten: auf der einen Seite 'paratum est interdictum uelut cui ini', auf der anderen 'deinde amisi possessionem'. Die letzteren Worte sind die Fortsetzung der einen unteren Columne, welche mit 'siue numquam possedi siue an[te] p[osse]' schließt. An jenes obere Fragment sollte sich nun ein gleich großer Streifen anschließen, der auf der einen Seite nicht beschrieben ist, auf der anderen die Worte ULP. INST. trägt, also augenscheinlich die Ueberschrift einer Seite bildet.

Endlicher veröffentlichte dann ein Facsimile der Fragmente²⁾. Hierin stellte er die gedachte Ueberschrift über die Zeile 'paratum est interdictum uelut cui ini'; außerdem kam noch ein sechster Streifen hinzu, ebenfalls die oberste Zeile und einen Theil des oberen Randes eines Blatts enthaltend; darauf waren nur ein paar Buchstabenfragmente der einen Seite nachgezeichnet.

Indem Endlicher aus den ersten fünf Streifen Fragmente eines Doppelblatts mit je einer Columne machte, erhielt er folgende Vertheilung der Fragmente. Die Vorderseite des

¹⁾ De Ulpiani institutionum fragmento. Vindob. 1835. 8.

²⁾ Catalogus codicum philologicorum Latinorum bibliothecae Palatinae Vindobonensis. Vindob. 1836. 4. tab. III.

ersten Blatts bildet das Fragment über *pecarium* und *locatio conductio*, die Rückseite dasjenige über *mutuum* und *depositum*, das zweite Blatt fängt an mit der Zeile '*paratum est interdictum velut cui ini*' und schließt mit den Worten '*sive ante posse*', die Rückseite beginnt '*di deinde amisi possessionem*'. Ueber die Stellung des sechsten Streifens hat sich Endlicher nicht ausgesprochen.

Eine Nachverglei chung von Th. Mommsen¹⁾ ergab neben einzelnen abweichenden Lesungen für die angeblich leere Rückseite des Streifens, auf dessen Vorderseite Endlicher ULP. INST. gelesen hatte, die entsprechende Ergänzung der Buchangabe; Mommsen las dort LIB. I, hielt es aber wegen des Zwischenraums zwischen der Zahl und dem Haken für möglich, daß statt I auch II stehen könnte. Das sechste Endlichersche Fragment setzte er mit dem anderen einzeiligen so zusammen, daß die Seite, auf der Endlicher einige Buchstaben gelesen hatte, als zweite Columne den Worten '*di deinde*' u. s. w. entsprach.

Für die Ordnung der Fragmente ging er einmal davon aus, daß die Handschrift nicht in einer, wie Endlicher annahm, sondern in zwei Columnen geschrieben sei²⁾, und ferner, daß die Ueberschrift ULP. INST. nur auf der Rückseite eines Blattes, LIB. I nur auf der Vorderseite stehen könne. Ist also die Zeile '*di deinde amisi possessionem*' Vorderseite, so läßt sie sich nur so an die auf '*sive numquam posse*' ausgehende Columne anschließen, daß das größere Fragment

¹⁾ Die Wiener Fragmente von Ulpian's Institutionen, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 15 S. 372 (1850).

²⁾ Als Vermuthung hatte dies schon C. G. E. Heimbach ausgesprochen.

den unteren Theil eines Blatts, die einzeligen Fragmente den oberen Theil des folgenden Blatts, jedes in zwei Columnen abgetheilt, bilden.

Gegen Mommsen trat wieder Bremer auf¹⁾. Er verwirft dessen Ordnung und kehrt zu der von Endlicher aufgestellten zurück. Sein Hauptgrund ist, daß nach jener sich eine verständige Eintheilung der Institutionen nicht gewinnen lasse. Für diese rein sachlichen Einwendungen, die sich sowohl gegen Mommsen als gegen Rudorff und Huschke kehren (beide haben eine von der Mommsen'schen abweichende Erklärung versucht²⁾), verweise ich auf die Bremersche Schrift S. 28 ff. Wenn hingegen Bremer die frühere Ordnung der Fragmente so aufrecht erhalten will, daß er die Ueberschrift ULP. INST. mit der Zeile 'paratum est' u. s. w. auf die Vorderseite, LIB. I mit der Zeile 'di deinde' u. s. w. auf die Rückseite eines Blattes verweist, so versucht er damit etwas kritisch unmögliches. Logisch allein richtig ist, und das erkennt Bremer auch an, daß zunächst Autor und Titel des Werkes, dann die Zahl des Buchs angegeben werde, und diese Abtheilung ist in allen mir bekannten Majuskel-Handschriften, soweit dieselben überhaupt eine solche Ueberschrift haben, befolgt³⁾. Ein zweiter Einwand gegen Mommsen muß aber als

¹⁾ De Domitii Ulpiani institutionibus. Bonnae 1863. 8.

²⁾ Rudorff, Rechtsgeschichte I § 74, Huschke in der Vorrede zu seiner Ausgabe in der Jurisprudencia Anteiustiniana.

³⁾ Wenn sich auch Handschriften finden sollten, in denen von der obigen Ordnung abgewichen ist (nur möge man nicht aus solchen des 14. Jahrhunderts Schlüsse für die etwa ein Jahrtausend älteren ziehen), so wird doch immer feststehen, daß sie eine seltene Ausnahme bilden, und das ist genügend, um Bremers Annahme zu widerlegen.

durchgreifend anerkannt werden, nämlich daß bei der Annahme von zwei Columnen die Seitenüberschriften nach dem Endlicher'schen Facsimile nicht über der Mitte der Seite, sondern genau über der Mitte der ersten Columne der Rückseite und der zweiten Columne der Vorderseite stehen würden. Daß Jemand so geschrieben haben könne, liegt ebenso fern als die Bremer'sche Vertheilung der Ueberschriften. So sind also beide Auffassungen nach der bisherigen Zusammenstellung der Fragmente unmöglich.

Entscheidend für die Frage, ob Seiten mit einer oder zwei Columnen, muß das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Bruches in der Mitte der drei gröfseren Streifen sein. Mommsen bestreitet die Existenz desselben; ich habe einen solchen deutlich erkannt und zwar auf allen genau an derselben Stelle¹⁾. Daß er übersehen worden, mag darin seinen Grund haben, daß früher noch mehr Reste von den Blättern der jüngeren Handschrift, zu deren Befestigung die Streifen gedient hatten, haften geblieben waren und so die Bruchstelle verdeckten. Damit wäre also nach einer Seite hin die Endlicher'sche Eintheilung gesichert.

Ebenso einfach löst sich auch das aus den Ueberschriften hergeleitete Bedenken. Die von Mommsen beibehaltene Verbindung des Streifens, auf dem die Ueberschriften stehen, mit dem einzeligen muß aufgegeben werden. Einmal lassen sich die Kanten beider gar nicht zusammenfügen; außerdem passen beide Ueberschriften nur dann genau in die Mitte der Columnen, wenn wir LIB. I' als Vorderseite und ULP. INST.

¹⁾ Bei nochmaliger Untersuchung ist zu beachten, daß der unterste Streifen auf der mit 'mercedem ex' schließenden Seite rechts neben dem oben bezeichneten einen noch stärker hervortretenden Bruch hat.

als Rückseite auffassen, und zwar so, daß der innere Rand bis an die Bruchstelle der großen Streifen erhalten ist. Zu dieser Bruchstelle passen auch genau die inneren Ränder der beiden einzeiligen Streifen; ob sie als Fragmente eines Doppelblatts früher zusammenhingen, ist aus der äußeren Form nicht zu entnehmen.

Zur Beglaubigung des Gesagten gebe ich eine Abzeichnung der Fragmente; den Bruch der größeren Streifen deutet die punctirte Linie an. Die Form der Handschrift war Octav, genau in der Gröfse der Wiener Liviushandschrift¹⁾, vielleicht noch mit etwas größerem äußeren Rande, der bei unseren Fragmenten jedenfalls nach der Gröfse der Blätter, zu deren Einband sie dienten, beschnitten ist. In Schrift und Abkürzungen stimmt die Handschrift mit dem Veroneser Gaius und dem Fragment *de iure fisci* überein²⁾.

Unter den Abweichungen von der bisherigen Lesung hebe ich hier nur folgende hervor: Ueber der Ueberschrift *LIB. I'* (sicher nicht *II'*) sind mit noch kleinerer Schrift einige kurze Zeilen geschrieben, von denen man ohne Anwendung von Reagenzien nur die Worte *LIB. X* erkennen kann und auch die Richtigkeit dieser Lesung ist zweifelhaft; die Buchstaben sind deshalb nur punctirt³⁾. Auf der Vorderseite des zweiten einzeiligen Streifens (= 3^a) ist der erste Buchstabe sicher S, die folgenden zwei wahrscheinlich *UA*. Auch auf der Rückseite (3^b) desselben sind Buchstabenfragmente sicht-

¹⁾ Eine Seite derselben ist in dem Catalogus von Endlicher vor den Ulpianfragmenten nachgezeichnet.

²⁾ Nur *SEMP.* (fol. 2^v) für *semper* findet sich weder in jenen noch in den *fragmenta Vaticana*.

³⁾ Vermuthlich war das Ganze nur eine Glosse.

bar, die letzten beiden Buchstaben sind sicher *em*, der drittletzte vielleicht ein *ð*.

Eine Hauptschwierigkeit liegt darin die Wiener Fragmente den anderweitig überlieferten Stücken einzuordnen. Diese Aufgabe läßt sich nur dann lösen, wenn es gelingt das System zu erkennen, welchem Ulpian in den Institutionen gefolgt ist.

Die in die Digesten aufgenommenen Fragmente des ersten Buchs enthalten die Definition der *iustitia* mit der Eintheilung des *ius* in *ius publicum* und *ius privatum* und des letzteren in *ius naturale*, *gentium* und *civile*¹⁾, ferner den Begriff der *hostes* in Bezug auf das *postliminium*²⁾, die Lehre von der *Manumission*³⁾, die Eintheilung der *cives Romani* in *patres familias* und *fili familias*⁴⁾, die Beschränkung der Klage gegen den Ehegatten in *id quod facere potest*⁵⁾, endlich noch den unserem ersten Fragment vorangehenden Abschnitt über das *precarium*⁶⁾. Dem zweiten Buche sind entnommen eine Eintheilung des Vermögensrechts⁷⁾, der servi-

¹⁾ L. 1. 6 de *iustitia et iure* (1, 1), l. 1 de *const. princ.* (1, 4).

²⁾ L. 24 de *captivis* (49, 15). Ich stelle die l. 4 mit Bremer S. 58 zur Eintheilung in *servi* und *liberi*, während Böcking und Mommsen sie nach Ulp. 10 § 4 zu den Gründen für den Untergang der *patria potestas* ziehen; aber jener § 4 schließt nicht aus, daß Ulpian im Anfang des lib. sing. bei der gedachten Eintheilung den Begriff des *hostis* schon erläutert habe.

³⁾ L. 4 de *iustitia et iure* (1, 1).

⁴⁾ L. 4 de *his qui sui* (1, 6).

⁵⁾ L. 28 *soluta matrimonio* (24, 3).

⁶⁾ L. 1 de *precario* (43, 26).

⁷⁾ L. 41 de *legibus* (1, 3).

tutes praediorum¹⁾ und zwei Fragmente über Legat und mortis causa donatio²⁾).

Die in l. 1 § 2 de iustitia et iure gegebene Dreitheilung des ius privatum in ius naturale, ius gentium und ius civile scheint in den Fragmenten unseres ersten Blattes wiederzuklingen. Die Worte 'locatum quoque et conductum ius gentium induxit' und 'depositi quoque utilitatem ius gentium prodidit' sollten, meint man, darauf führen, daß, wie in l. 1 § 3 Beispiele für das ius naturale gegeben worden, hier die Rechtsverhältnisse des ius gentium aufgeführt werden. Mommsen und Rudorff haben um deswillen dieses Fragment in die Einleitung von den Rechtsquellen gestellt, Huschke hingegen angenommen, daß Ulpian das ganze Rechtssystem nach dieser Dreitheilung dargestellt habe. Demgemäfs wurde dann auch die l. 4 De iustitia et iure mit den Anfangsworten 'manumissiones quoque iuris gentium sunt' in den Abschnitt über ius gentium verwiesen. Aber schon Bremer S. 52 hat richtig bemerkt, daß Ulpian jene Worte nicht an die Spitze des übrigen Inhalts der l. 4 gestellt haben könne, da er nach der Definition der manumissio noch einmal sagt: 'quae res a iure gentium originem duxit', und auch darin hat Bremer Recht, daß der Inhalt der l. 4 als Abschnitt der Einleitung viel zu ausführlich ist. Giebt man aber den Zusammenhang der Anfangsworte mit dem übrigen Theil der Stelle auf, so spricht die nachträgliche Erwähnung, daß die manumissio auf ius gentium beruhe, geradezu gegen die Einreihung des Fragments in einen Abschnitt, der lediglich mit dem ius gentium

¹⁾ L. 1 de serv. praed. rust. (8, 3), l. 1 communia praediorum (8, 4).

²⁾ L. 115 de legatis I, l. 5 de mortis causa donat. (39, 6).

sich beschäftigt. Genau dasselbe gilt aber auch von unseren Fragmenten, wenn wir die voraufgehenden Worte der l. 1 de precario in's Auge fassen. Auch hier wird zuerst das precarium definirt und dann gesagt 'quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit'. Daraus sehen wir einmal, daß Ulpian das precarium nicht deswegen hier erläutert, weil es aus dem ius gentium stammt, andererseits wissen wir jetzt, daß die der Miethe und dem Depositum voraufgeschickte Angabe, auch sie gehörten dem ius gentium an, sich nur auf die obige Erwähnung bezieht¹⁾.

Wir kämen also damit zu dem Resultat, daß Ulpian die Obligationen vor den Servituten und vor dem Erbrecht behandelt hat. Bremer erklärt diese Anordnung für unhaltbar, weil sie die Darstellung des ius quod ad res pertinet in Gaius Institutionen auf den Kopf stellt. Diese Schwierigkeit soll dadurch beseitigt werden, daß man in die Inscription der l. 1 de precario 'libro secundo' statt 'libro primo' setzt.

So lange für die Nothwendigkeit einer solchen Emendation weiter kein Grund angeführt wird, als daß Ulpian sich an Gaius System angeschlossen haben werde, steht sie auf schwachen Füßen. Sie würde uns auch zwingen bei den Wiener Fragmenten gegen alle Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß der Streifen mit der Seitenüberschrift LIB. I nicht zu einem der beiden Blätter gehört habe. Dazu kommt, daß, um am Gaianischen System festzuhalten, Ulpian im zweiten Buch das ius quod ad res und das ius quod ad actiones pertinet, im ersten nur das ius quod ad personas pertinet abgehandelt habe, daß also dieses dem ersten Buch des Gaius,

¹⁾ Das hat auch Bremer S. 70 übersehen.

jenes den anderen drei Büchern entsprochen habe. Dafs eine so ungleiche Behandlung der Materien durch eine umfassendere Einleitung über die Rechtsquellen, als wir sie bei Gaius finden, und durch Hineinziehung des Ehe- und Dotalrechts an Wahrscheinlichkeit gewinne, wird man nicht zugeben können. Bremer (S. 43 f.) mufs aber auch wieder diese Voraussetzung zu Hülfe nehmen, um zu erklären, wie auf einem Doppelblatt die *obligationes ex contractu* und die *Interdicte* stehen konnten, während bei Gaius der Umfang eines Buchs dazwischen liegt. Indem er unser Doppelblatt für das äufserste eines Quaternio oder Quinternio¹⁾ erklärt, was wegen des Fehlens der Lagenzahl auf dem ziemlich breit erhaltenen unteren Rande nicht recht glaublich ist, gewinnt er als Zwischenraum sechs bis acht Blätter und beruft sich auf die aus der obigen Vertheilung des Stoffs sich ergebende Nothwendigkeit einer sehr kurz gefafsten Darstellung. Man sieht, die Festhaltung des Gaianischen Systems führt zu einer Kette von Unwahrscheinlichkeiten.

Fragen wir uns aber, welche Nothwendigkeit denn für die Bremersche Annahme vorliegt, so werden wir eine solche doch nicht deshalb anerkennen müssen, weil einige der späteren Rechtscompendien (nämlich die Institutionen von Marcian und der *liber singularis regularum* von Ulpian) im *ius quod ad res pertinet* sich an Gaius Darstellung angeschlossen haben. Hat doch schon Gaius selbst in den *res cottidianae*, die in der Behandlung des Stoffs, ja selbst in der wörtlichen Fassung den Institutionen so nah verwandt sind,

¹⁾ Dafs Quinternionen ungewöhnlich sind, braucht kaum bemerkt zu werden; sie finden sich wohl nur in sehr umfangreichen Handschriften, wie z. B. den Florentiner Digesten.

eine andere Anordnung beliebt. Er behandelt hinter den Erwerbsarten des Eigenthums und den *iura in re aliena* im zweiten und dritten Buch die Obligationen, und wenn uns auch aus den letzten vier Büchern keine Fragmente erhalten sind, so können wir doch mit Göschen¹⁾ ohne Bedenken behaupten, daß das Erbrecht erst in diesen besprochen wurde. Ebenso stellt Florentin in seinen Institutionen die Obligationen vor das Erbrecht, jene bilden den Inhalt des 7. und 8., diese den des 10. und 11. Buchs; in gleicher Weise finden wir bei Modestin in den *regulae* Buch 2 — 8 die Obligationen, in Buch 9 das Erbrecht²⁾.

Wir sehen daraus, daß die Umstellung der Obligationen und des Erbrechts keine Schwierigkeit macht. Wo gehören aber die *Interdicte* hin, die nach unseren Bruchstücken nicht allzuweit hinter den *Contracten* gestanden haben? Nähmen wir an, sie bildeten einen Theil des *ius quod actiones pertinet*, so müßten sie an das Ende des zweiten Buchs und jedenfalls hinter *Servituten* und Erbrecht gestellt werden;

¹⁾ Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft 1 S. 76.

²⁾ Das System des Gaius als ganzes scheint überhaupt nicht in dem Maße, wie man heut anzunehmen geneigt ist, in den *Compendien* der späteren Zeit befolgt zu sein. Von *Ulpian's libri VII regularum* und *Marcian's libri V regularum* erhellt nur so viel, daß ihnen eine andere Anordnung zu Grunde liegt. *Paulus* in den *sententiae*, *Celsus* und vielleicht auch *Marcellus* in den *Digesten* halten an der Ordnung der *libri ad edictum* fest, ebenso die ersten Bücher der *responsa* des *Paulus* und die ersten 5 der *responsa* des *Scaevola* (der übrige Theil beider Sammlungen scheint aus Nachträgen zu bestehen). *Hermogenian* sagt gleich zu Anfang der *epitomae iuris* (l. 2 D. de statu hominum), er werde zunächst de statu hominum sprechen, dann aber nach dem *Edictsystem* die übrigen Lehren behandeln.

diese beiden Abschnitte aber zwischen unser Doppelblatt einzuschieben ist gewiß unmöglich. Man wird also, ganz abgesehen von der Frage, ob Ulpian am Schluß des Werks das Actionenrecht als besonderen Abschnitt nach dem Vorgang von Gaius dargestellt habe, den Interdicten eine andere Stellung anweisen müssen. Diese zu finden hält nicht schwer, wenn wir die neben Gaius gebräuchlichen Systeme vergleichen.

Das Edictsystern stellt die Interdicte freilich auch wieder an das Ende des ganzen; anders die libri ad Sabinum. Pomponius ad Sabinum behandelt die Interdicte im 29. Buch, Besitz, Usucapion und Servituten im 32. und 33.; Paulus hat erstere im 13., letztere im 15. Buch¹⁾.

Unser erstes Fragment gehört einem Abschnitt über die interdicta possessoria an, das zweite bespricht den Gegensatz der prohibitoria interdicta zu den restitutoria und exhibitoria in Bezug auf die Concurrenz von actio in factum arbitraria mit dem agere ex sponsione. Zwischen beiden liegt nur ein Zwischenraum von etwa 20 Zeilen. Ulpian wird also hier eine kurze Darstellung der Eintheilungen der Interdicte mit beispielsweiser Anführung der wichtigeren und des Verfahrens im Interdictsprocess gegeben haben, wie sie durch

¹⁾ In Ulpians Commentar fehlt der entsprechende Abschnitt. Vergl. Leist, Geschichte der Römischen Rechtssysteme S. 44 ff. Leist führt in der Tabelle des Sabinussystems unter Paulus l. 16 noch die Interdicte de aqua und de fluminibus auf, doch folgt dies weder aus l. 12. 15. 23 de aqua et aquae pluviae arc. (39, 3) noch aus l. 3 de fluminibus (43, 12), da jene ebenso wie l. 5 ne quid in loco publico (43, 8) sich lediglich auf die civile actio beziehen können, diese aber mit der in l. 29 de adquir. rerum dom. (41, 1) behandelten Lehre in Verbindung zu bringen ist.

den Umfang des Buchs geboten war. Deshalb ist es auch wahrscheinlich, daß die Servituten nicht vor, sondern hinter unser Fragment gehören; fraglich bleibt aber, ob dasselbe ins erste oder zweite Buch fällt; der Grenze beider stand es jedenfalls nah.

Aber nur hier scheint das Sabinussystem auf die Anordnung des Stoffs eingewirkt zu haben, in den vorausgehenden und folgenden Abschnitten ist dergleichen nicht zu erkennen. Die Stellung des Erbrechts hinter den Obligationen stimmt nicht mit jenem System, und daß die Obligationen auch den *iura in re* vorausgehen, hängt nicht mit demselben zusammen, da diese abgesehen von dem besonderen Abschnitt der *conditiones* in den *libri ad Sabinum* nur als *leges traditionum* vorkommen und demgemäß Miethe, *Commodat*, *Depositum* u. dergl. ausgeschlossen bleiben¹⁾, während Ulpian die Obligationen als selbständigen Abschnitt darstellt.

Von den *Digesten*fragmenten macht nur eins noch hinsichtlich der Stellung in den *Institutionen* Schwierigkeit, nämlich *l. 41 de legibus*²⁾. Die Anfangsworte lauten so allgemein, daß man darin eine Einleitung zum ganzen Vermögensrecht sehen möchte. Nach der *Inscription* gehört die Stelle aber ins zweite Buch, müßte also hinter den Obligationen stehen; auch ist ihr Wortlaut nicht so, daß man, um einer beschränkten Beziehung auf das Sachenrecht aus dem Wege zu gehen, gezwungen wäre in der *Inscription* an die Stelle

¹⁾ Vergl. Leist a. a. O.

²⁾ *Totum autem ius consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo: aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut amittat.*

des zweiten das erste Buch zu setzen. Im Gegentheil die zum *adquirere conservare minuere* gegebenen Erläuterungen deuten viel mehr auf das Sachenrecht als auf die Obligationen hin; man wird von letzteren nicht leicht sagen '*alicuius fiunt*', der Gedanke an das *alienare* liegt bei Obligationen ziemlich fern und bei den Worten '*rem vel ius suum conservare*' schwebt der Gegensatz zwischen Eigenthum und *iura in re aliena* vor.

Ist es nun richtig, daß die *Interdicte* nach dem Vorgang der *libri ad Sabinum* mit der *rei vindicatio* in Verbindung gebracht worden, so müßten wir sie hinter obiges Fragment, also in das zweite Buch stellen¹⁾. Eine absolute Sicherheit für die Richtigkeit dieser Anordnung ist freilich nicht vorhanden; Ulpian kann auch innerhalb des Obligationenrechts oder am Schluß desselben Anlaß gefunden haben einen Ueberblick über die *Interdicte* zu geben.

Außer den *Digesten* hat uns noch die *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* einen Abschnitt aus dem *Intestaterbrecht* überliefert, dessen Anfang gleich andeutet, daß die testamentarische *Succession* vorausgegangen. Er gehört unzweifelhaft in das zweite Buch; ob aber, wie Bremer § 24 gegen Böcking annimmt, hinter die Lehre von den Legaten, also hinter l. 115 de legatis I und l. 5 de m. c. d., ist durchaus nicht zu bestimmen. Daß Gaius und im Anschluß

¹⁾ Daß in den *libri ad Sabinum* an dieser Stelle nicht die *Interdicte* allgemein, sondern nur die *restitutoria* behandelt wurden, hat schon Leist a. a. O. S. 51 N. 2 angenommen. Daß Ulpian darüber hinausging, kann bei dem Plan des Werks und bei so vielen Analogien in Gaius Institutionen, wo der Anlaß eine Materie in ihrem ganzen Umfang zu behandeln bisweilen an den Haaren herbeigezogen wird (vergl. Savigny System I S. 404), nicht befremden.

darán Ulpian's liber sing. regul. diese Ordnung befolgen, beweist ebenso wenig dafür, als die entgegengesetzte Ordnung in Marcian's Institutionen dagegen.

Bei Angabe der Quelle vor den einzelnen Capiteln nennt die Collatio hier wie auch sonst in ihren Auszügen die Titelfrubrik. So lautet die Inscription 16, 5 in den Handschriften: idem ab intestato institutionum, was richtig so ergänzt worden: 'idem institutionum libro secundo sub titulo de successionibus ab intestato'; bei 16, 8 steht: 'idem libro qui supra de suis heredibus'. Dafs der Verfasser der Collatio diese Rubriken in seiner Handschrift des Ulpian gefunden hat, ist unzweifelhaft; dafs sie aber nicht dem ursprünglichen Werke angehören, sondern erst von den Benutzern des Werks hineingesetzt sind, zeigt das gleiche Schicksal der Gaianischen Institutionen¹⁾. Wir begegnen in der Collatio wie in letzteren der gleichen Willkür bald eine Rubrik zu setzen, bald sie wegzulassen, denn mit demselben Recht wie zu 16, 8 hätte auch 16, 6. 7 § 1. 2. 8 § 2. 9 § 2. 3 eine solche vorgesetzt werden müssen; übrigens ist die eben genannte an die unrichtige Stelle gerathen, sie sollte hinter 16, 5 § 1 beneficium stehen. Auch zeigt schon der kurze Abschnitt, der uns hier vorliegt, dafs Ulpian ohne Unterbrechung stets im Anschluß an das vorhergehende geschrieben hat, so dafs Titelfrubriken geradezu störend sein würden.

Ferner giebt Boethius im Commentar zu den Topica (ed. Baiter p. 299) einen (nur theilweis wörtlichen) Auszug aus Ulpian's instituta über die Begründung der manus. Bremer

¹⁾ Ueber das fragmentum de iure fisci vergl. meine Ausgabe S. 9, über Ulpian's liber sing. regularum Mommsen in Böckings Ausgabe (1855) S. 115.

weist ihm wohl mit Recht unter Berufung auf Ulpian's *liber sing. regularum* (tit. 9) und Gaius 1, 108 ff. seine Stelle hinter der Lehre von der *dos* (l. 28 *sol. matr.*) an¹⁾.

Zur Restitution weiterer Fragmente aus Ulpian's Institutionen sind zuerst von Voigt²⁾ die Justinianischen Institutionen herangezogen worden. Wie schon die Vorrede derselben vermuthen läßt, so wird durch die Uebereinstimmung mit mehreren Pandectenstellen³⁾ bewiesen, daß sie mit zu den Quellen der Institutionen gehören. Derselbe Nachweis läßt sich aber noch für eine Reihe anderer Schriften führen⁴⁾, und wie schwierig es ist die nur in den Institutionen erhaltenen Abschnitte auf diese Werke zu vertheilen, hat sich bereits bei dem von Bremer für Ulpian's Institutionen mit richtigem Tact unternommenen Versuch herausgestellt. Bremer (S. 17) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß auch Untersuchungen über die Eigenthümlichkeiten in der Schreibweise der einzelnen Juristen, die noch nicht vorliegen, hier wenig fördern werden,

¹⁾ Ob Boethius auch in anderen Stellen Ulpian's Institutionen benutzt hat, ferner über Servius ad Verg. vergl. Bremer § 3. 6. Von den *Originalia* Isidors ist dasselbe schon von Voigt *Ius naturale* I Beil. VI nachgewiesen (vergl. Bremer § 7); trotzdem ist daraus für die Restitution der Institutionen kein Gewinn zu ziehen, da sicher auch andere Schriften, insbesondere Marcian's Institutionen, als Quelle gedient haben.

²⁾ Das *Ius naturale, aequum et bonum* und *ius gentium* der Römer. Bd. I (1856) Beilage V.

³⁾ Eine Uebersicht derselben gewähren die Quellenangaben zu dem unten folgenden Textabdruck.

⁴⁾ Nämlich neben den Institutionen und den *res cottidianae* von Gaius noch für die Institutionen von Marcian und Florentin und die *libri VII regularum*, vielleicht auch den *lib. sing. regularum* Ulpian's (u. S. 160).

da in den Institutionenwerken für das Hervortreten derselben selten Gelegenheit geboten war. Anhalt gewährt uns nur die Verbindung mit solchen Stellen, deren Autorschaft feststeht und die Uebereinstimmung mit den diesem oder jenem Juristen eigenthümlichen Ansichten. Versuchen wir also mit diesen Hilfsmitteln die Stellen aus Ulpian's Institutionen zu ermitteln¹⁾.

Zuerst begegnen uns dieselben in 1, 1, 4. 2 pr. § 3 in. 6. Vorauf gehen zwei Stücke aus Ulpian's libri regularum (1, 1 pr. § 1. 3) und ein Zusatz der Compileren (§ 2 ib.); im zweiten Theil ist § 1 = Gai. 1, 1 (die Anfangsworte haben die Compileren zugesetzt), § 12 = Gai. 1, 8. Sind nun die übrigen Paragraphen des zweiten Theils theilweis aus Ulpian's Institutionen genommen? Mit dieser Frage haben sich Voigt und Bremer beschäftigt; sie sind darin einig, daß der Schluß von § 3 und § 4—9 Ulpian angehören, und dagegen wird nichts einzuwenden sein²⁾; die Uebereinstimmung von § 5 in. mit Gai. 1, 4 und § 8 in. mit Gai. 1, 7 schließt das nicht aus, da dergleichen in den Schriften römischer Juristen nichts seltenes ist. Hingegen soll § 2 nach Voigt aus Marcian, nach Bremer (S. 51) aus Ulpian genommen sein³⁾. Der von jenem angeführte Grund, daß zwischen § 2 und 11 ein innerer Parallelismus obwalte, ist nicht entscheidend; die in § 2 anerkannte Dreitheilung des ius privatum stimmt mit

¹⁾ Für Ulpian sind wir auf das oben gesagte beschränkt; ob es für die übrigen Juristen nicht noch andere Anhaltspunkte giebt, die dann natürlich auch negativ für die hier unternommene Untersuchung in Betracht kämen, darüber später.

²⁾ Vergl. auch die bei Bremer S. 55 angeführten.

³⁾ Darüber, daß er nicht aus Florentin stammt, vergl. Voigt S. 570.

der von Ulpian in l. 1 de iustitia et iure aufgestellten überein, und wenn auch § 11 h. t., wie Voigt nachweist, nicht von Ulpian sein kann, so mußte doch der erwähnte Parallelismus immer bewahrt bleiben, mochte man nun § 2 aus Ulpian oder aus Marcian nehmen¹⁾. Bremer hingegen muß den § 2 in zwei Theile zerlegen und zwar den Schluß von 'ius autem gentium' an mit l. 1 § 4 de iustitia, den Anfang mit l. 6 eod. verbinden. Dem steht aber entgegen, daß der Satz 'ius autem gentium omni humano generi commune est' sich sehr ungeschickt hinter dem § 4 ausnimmt, in dem schon zur Genüge dasselbe ausgesprochen wird²⁾, und andererseits folgt die Darstellung in § 2 so ungezwungen auf einander, daß man an sich nicht geneigt sein kann an eine Zusammenflickung seitens der Compileren zu glauben. Die Frage über den Ursprung des § 2 wird demnach unentschieden bleiben müssen³⁾.

Demnächst begegnet uns Ulpian wieder in 1, 5 pr. = l. 4 de iustitia et iure, nur daß statt der interpolirten Anfangsworte der Digesten 'manumissiones quoque iuris gentium sunt'⁴⁾ der mit Gai. 1, 11 übereinstimmende Passus 'libertini

¹⁾ Gegen die übrigen Argumente vergl. Bremer a. a. O. Zu beachten ist, daß Voigt S. 446 ff. die obige Dreitheilung in Marcians System im Ganzen nur auf § 2. 11 h. t. gründet.

²⁾ Bremer S. 50 glaubt, in obigem Satz sei der Nachdruck auf omni gelegt, weil in l. 1 § 4 nur gesagt sei 'quo gentes humanae utuntur'; trotzdem wird wohl jeder, der den § 4 liest, den Eindruck bekommen, daß damit schon die Beziehung auf das ganze Menschengeschlecht ausgedrückt ist; jedenfalls würde Bremer selbst nicht so schreiben, wie er es Ulpian zumuthet.

³⁾ Ueber § 10. 11 eod. vergl. Voigt a. a. O.

⁴⁾ Vergl. oben S. 147. Warum Bremer S. 85 auch die Worte 'de

sunt qui ex iusta servitute manumissi sunt' vorausgeschickt ist. Daß die letzteren wahrscheinlich nicht aus Gaius selbst, sondern aus Ulpian entnommen sind, möchte man mit Bremer um so eher annehmen, als im vorausgehenden Gaius nicht benutzt ist; der Schluß von 1, 4 pr. (= 1. 5 § 2. 3 de statu hom.) und § 1 sind aus Marcian.

Bremer zieht auch noch 1, 3, 5 und den Anfang von 1, 4 pr. zu Ulpian's Institutionen. Aus Marcian ist beides nicht, da es in 1. 5 pr. § 2 l. in anderer Fassung vorkommt. Möglich also wären Florentin, dem 1, 3, 1—3 (= 1. 4 eod.) angehören, Gaii res cottidianae und Ulpian. Ist Florentin, wie nach dem Zusammenhang wahrscheinlich ist¹⁾, der Verfasser von 1, 3, 4, so müssen wir ihm auch den Anfang von 1, 3, 5 zuschreiben, der Schluß des § 5 ist aber entweder von einem anderen Juristen oder es muß etwas von den Compilatoren gestrichen sein; denn zu dem 'multae differentiae sunt'²⁾ paßt nicht der einfache Gegensatz 'aut enim ingenui sunt aut libertini'. Ziehen wir also die letzteren Worte zum folgenden, so bleibt noch immer die Möglichkeit stehen, daß beides aus Gaius oder Ulpian her stammt, und nur das spricht mehr für letzteren, daß die res cottidianae sich erst in 1, 6, 3 als benutzt nachweisen lassen.

Von 1, 5, 1 — 1, 9 pr. sind die Quellen bekannt, mit Aus-

manu missio id est' für unecht hält, ist nicht klar; die Justinianischen Institutionen beweisen jedenfalls nichts dafür, da solche Aenderungen häufig wiederkehren, die Vulgathandschriften aber (PVU), welche jene Worte weglassen, sind wie häufig aus den Institutionen interpolirt.

¹⁾ Marcian kann es nach 1. 5 pr. l. nicht sein.

²⁾ Daß die Schlußworte von 1. 4 sich auf obige Worte zurückbeziehen, wie Bremer meint, vermag ich nicht anzuerkennen.

nahme von 1, 6, 1; da aber vorher und nachher Gaius benutzt ist, so liegt es fast näher an die *res cottidianae* als an Ulpian oder einen der anderen zu denken.

Der Schluß des neunten Titels ist von Ulpian (l. 4 de his qui sui); sowohl § 1 eod. als 1, 10 pr. könnten ihm angehören, aber es liegt auch kein Grund vor beides den anderen Quellen abzusprechen¹⁾. Dasselbe gilt im Ganzen von den übrigen Stücken des ersten Buchs, deren Autorschaft unbekannt ist.

Im zweiten Buch ist der erste Titel aus Marcian, vielleicht auch aus Florentin, vorzugsweise aber aus den *res cottidianae* compilirt; von Ulpian ist keine Spur. Dieser findet sich erst im dritten Titel wieder (pr. § 2 = l. 1 de servit. p. r., § 1 = l. 1 communia praed.); Bremer S. 65 f. hat unter Verwerfung der in den Digesten befolgten Verbindung den Text der Institutionen als im ganzen unverändert aus Ulpian aufgenommen hingestellt und letzterem auch den § 3 vindicirt. Dagegen ist nur eins zu bemerken: die Worte 'item praediorum urbanorum servitutes' im § 1 passen nicht in den jetzigen Zusammenhang, sondern setzen voraus, daß die Aufzählung der servitutes praediorum rusticorum voraufgegangen²⁾. Wir werden daher den Satz 'praediorum urbanorum sunt servitutes ... aedificata sunt' an die Spitze des Titels stellen und davor noch ungefähr so zu ergänzen haben: Praediorum rusticorum sunt servitutes quae in fundis con-

¹⁾ Die Berufung auf die naturalis ratio in 1, 10 pr. paßt ebenso gut auch auf diese. A. M. Voigt I n. 461. 470.

²⁾ Die vorgeschlagenen Emendationen ita (Böcking) oder inter (Huschke) für item zu setzen heben den Anstoß nicht.

stituuntur¹⁾. Dafs der Digestentext nur ein Auszug des in den Institutionen vollständig gegebenen Ulpianischen Textes ist, zeigt der unverständliche Anschluß mit ceterum, wofür quare gesetzt werden mußte.

Hinter 2, 3 hören die nachweisbaren Entlehnungen aus Ulpian's Institutionen auf; am wahrscheinlichsten ist noch, dafs 2, 10, 8, welche Stelle fast wörtlich mit Ulp. l. sing. regularum 20, 6 (= l. 17 de testibus) übereinstimmt, nicht aus dem liber sing., sondern aus den Institutionen genommen ist²⁾.

Als Resultat der vorausgegangenen Erörterungen lasse ich jetzt eine Restitution der Institutionen Fragmente folgen³⁾.

Liber primus.

Iuri operam daturum prius nosse oportet, D. 1, 1, 1 pr. 1 unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam
 5 namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.

10 Huius studii duae sunt positiones, D. 1, 1, 1, 2. J. 1, 1, 4

¹⁾ Wahrscheinlich wurde die ganze Lehre in demselben Zusammenhang wie bei Gai. 1, 14 und in Justinian's Institutionen vorgetragen.

²⁾ Ueber weitere Vermuthungen in Bezug auf 4, 6. 15 vergl. Bremer S. 74. 77, Voigt I n. 461. 470.

³⁾ Für die Handschriften der Digesten und Institutionen sind die in den kritischen Ausgaben gewählten Zeichen beibehalten.

8 quoque] que *F*¹

publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: (J.) sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum ius tripartitum est: collectum est enim ex J. 1, 1, 4 ⁵ naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

Ius naturale est, quod natura omnia D. 1, 1, 1, 3. J. 1, 2 pr. animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris ¹⁰ atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censi.

Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. D. 1, 1, 1, 4 ¹⁵ Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune est.

Ius civile est, quod neque in totum a natu- D. 1, 1, 6 pr.

2 utilitatem] *Dig.*, utilitatem pertinet *Inst.* 4 consistit] *συμπίπτει* B, constitit F 5 privatum ius tripartitum est] *Dig.*, dicendum est igitur de iure privato quod est tripartitum *Inst.* | est enim] *Inst. Dig. deteriores*, etenim est *Dig. Fem R*, est enim est *Fae* 8 proprium ... 10 est] *Dig.*, proprium est sed omnium animalium quae in caelo quae in terra quae in mari nascuntur *Inst.* 11 coniunctio] *Dig. FR*, coniugatio *Inst. Dig. dett.* 12 hinc ed.] *Dig.*, et ed. *Inst.* 13 feras etiam *fehlt in den Inst.* 18 *ausgefallen ist ungefähr dasselbe, was in dem Schlusssatz der Inst. 1, 2, 2 (von ius autem gentium an) steht (s. o. S. 157); vergl. auch Isid. 5, 6: Ius gentium est sedum occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, foedera pacis, induciae, legatorum non violandorum religio, conubia inter alienigenas prohibita*

rali vel gentium recedit nec per omnia eis servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile efficimus.

Hoc igitur ius nostrum constat aut ex [D. 1, 1, 6, 1. J. 1, 2, 3] 5 scripto aut sine scripto, ut apud Graecos: τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγγραφοι.

Scriptum ius est lex, plebi scita, senatus con- [J. 1, 2, 3] sulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.

10 Lex est, quod populus Romanus senatore ma- [J. 1, 2, 4] gistratu interrogante, veluti consule, constituebat.

Plebi scitum est, quod plebs plebeio magistratu [J. 1, 2, 4] interrogante, veluti tribuno, constituebat. Plebs [cf. Gai. 1, 3] autem a populo eo differt, quo species a genere; nam appellatione 15 populi universi cives significantur adnumeratis etiam etiam patriciis et senatoribus: plebis autem appellatione sine patriciis et senatoribus ceteri cives significantur. Sed et plebi scita lege Hortensia lata non minus valere quam leges coeperunt.

20 Senatus consultum est, quod senatus [J. 1, 2, 5. cf. Gai. 1, 4] iubet atque constituit. Nam cum auctus est populus [(Gai.)] Romanus in eum modum, ut difficile sit in unum eum convocare legis sancienda causa, aequum visum est senatum vice populi consuli.

25 Sed et quod principi placuit, legis habet [D. 1, 4, 1. I. 1, 2, 6] vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata

1 eis schreibt Brenemann mit den Basiliken, ei F 4 hoc igitur] Dig., constat autem Inst. 10 senatore] BPEDW, patricio A, συγκλητικῶν ἄρχοντος Theoph. 22 convocare haben alle Handschriften, auch V 25 sed et fehlt in den Dig. 26 utpote fehlt in den Inst.

est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. Quodcumque igitur imperator per epistulam statuit vel cognoscens decrevit vel edicto praecepit, legem esse constat. Haec sunt quas vulgo constitutiones appellamus. Plane ex his quaedam sunt personales nec ad exemplum trahuntur; nam quae princeps alicui ob merita indulgit vel si quam poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur.

Praetorum quoque edicta non modicam iuris [J. 1, 2, 7] optinent auctoritatem. Haec etiam ius honorarium solemus [10] appellare, quod qui honores gerunt, id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. Proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum iuris honorarii portio est.

Responsa prudentium sunt sententiae [J. 1, 2, 8. cf. Gai. 1, 7] [15] et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. Nam antiquitus institutum erat, ut essent qui iura publice [Gai.] interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est: qui iuris consulti appellantur. Quorum omnium senten-

2 conferat] *Dig.*, concessit *Inst.* | epistulam] *Inst.*, epistulam et subscriptionem *Dig.* 3 statuit] *Dig.*, constituit *Inst.* | decrevit] *Inst.* und so hat auch, wie Schrader bemerkt, gewifs Ulpian geschrieben, decrevit vel de plano interlocutus est *Dig.* 4 quas vulgo constitutiones appellamus] *Dig.*, quae constitutiones appellantur *Inst.* 5 nec] *Dig.*, quae nec *Inst.* | trahuntur] *Dig.*, trahuntur quoniam non hoc princeps vult *Inst.* 6 quae] *Dig.*, quod *Inst.* 8 hinter egreditur haben die *Inst.* noch: aliae autem cum generales sunt omnes procul dubio tenent; Schrader sagt mit Recht, dafs dieser Satz nicht von Ulpian stamme 11 id est magistratus scheint nicht von Ulpian zu sein 16 est] *B Gai.*, erat *VAP* | condere] *Gai. AB*, concedere *VP* 19 appellantur] *B*, appellabantur *VAP*

tiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum.

Ex non scripto ius venit, quod usus comprobat. [J. 1, 2, 9]
 vit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem
 5 imitantur.

Hostes sunt, quibus bellum publice populus [D. 49, 15, 24]
 Romanus decrevit vel ipsi populo Romano: ceteri latrunculi
 vel praedones appellantur. Et ideo qui a latronibus captus
 10 est, servus latronum non est nec postliminium illi necessarium est; ab hostibus autem captum, ut puta a Germanis et
 Parthis, et servus est hostium et postliminio statum pristinum recuperat.

15 aut enim ingenui sunt aut libertini. [J. 1, 3, 5]

Ingenuus is est, qui statim ut natus est liber [J. 1, 4 pr.]
 est, sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex altero
 libertino altero ingenuo. Sed et si quis ex matre libera
 nascatur patre servo, ingenuus nihilo minus nascitur, quem-
 20 admodum qui ex matre libera et incerto patre natus est,
 quoniam vulgo conceptus est.

Libertini sunt, qui ex iusta servitute [J. 1, 5 pr. cf. Gai. 1, 11]
 manumissi sunt. Est autem manumissio de [(Gai.) D. 1, 1, 4]
 25 manu missio, id est datio libertatis; nam quamdiu quis in
 servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus

1 tenent] VB, tenebant AP 2 liceat] VB, liceret AP 24 vor
 est autem *steht in den Dig.*: manumissiones quoque iuris gentium sunt;
siehe darüber oben S. 147 | est autem ... 25 datio] *Dig.*, manumissio
 autem est datio *Inst.* 26 manumissus] *Dig.*, et manumissus *Inst.*

liberatur potestate. Quae res a iure gentium originem sump-
sit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec
esset nota manumissio, cum servitus esset incognita; sed
posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est bene-
ficio manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines 5
appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi
et his contrarium servi et tertium genus libertini, id est hi
qui desierant esse servi.

Nam civium Romanorum quidam sunt patres fami- [D. 1, 6, 4] 10
liarum, *quaedam matres familiarum, quidam filii familiarum*,
quaedam filiae familiarum. Patres familiarum sunt, qui sunt
suae potestatis sive puberes sive impuberes; simili modo ma-
tres familiarum; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena
potestate. Nam qui ex me et uxore mea nascitur, [J. 1, 9, 3] 15
in mea potestate est; item qui ex filio meo et uxore eius
nascitur, id est nepos meus et neptis, aequae in mea sunt
potestate, et pronepos et proneptis et deinceps ceteri.

Facere posse maritus etiam id videtur, quod [D. 24, 3, 28] 20
a muliere consequi potest, scilicet si iam ei aliquid absit,
quod pro muliere aliquid expendit vel mandato eius prae-

6 appellaremur] *Dig. Inst. PE*, appellemur *Inst. B Theoph.* 7 liber-
tini] *Inst.*, liberti *Dig.*; siehe S. 164, 23 | id est hi fehlt in den *Inst.*
11 *quaedam matres familiarum quidam filii familiarum*] *Bremer*, *quaedam*
matres familiarum F¹, alii *filii familiarum quaedam matres familiarum F²*
15 nam qui] *Dig.*, qui igitur *Inst.* | ex te et uxore tua und so auch im
folgenden die Inst. 18 ceteri] das nächstfolgende ist dem Sinn nach aus
dem Schlusssatz der *Inst.* zu ergänzen: qui tamen ex filia mea (tua *Inst.*)
nascitur, in mea (tua *Inst.*) potestate non est, sed in patris sui (eius *Inst.*)

stitit; ceterum si nondum ei abest, ut puta sub condicione est obligatus, nondum videtur facere posse.

Tribus enim modis uxor habebatur, usu farreo coemptione; sed confarreatio solis pontificibus conveniebat. Quae autem in manum per coemptionem convenerant, eae matres familias vocabantur; quae vero usu vel farreo, minime. Coemptio vero certis sollemnitatibus peragebatur et sese in coemendo invicem interrogabant. Vir ita: an sibi mulier mater familias esse vellet? Illa respondebat velle. Item mulier interrogabat, an vir sibi pater familias esse vellet? Ille respondebat velle. Itaque mulier viri conveniebat in manum et vocabantur hae nuptiae per coemptionem et erat mulier mater familias viro loco filiae. Quam sollemnitatem in suis institutis Ulpianus exponit.

Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur. Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit. Et distat a donatione eo, quod qui donat sic dat, ne recipiat: at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. Et est simile commodato; nam et, qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.

Locatum quoque et conductum ius gentium induxit. Nam ex quo coepimus possessiones proprias et res habere, et locandi ius nacti sumus et conducendi res alienas: et is qui conduxit iure gentium tenetur ad mercedem ex

reddis quae accepisti, sed aliam pecuniam eiusdem Vindob. I^b
quantitatis. Mutuae autem dari possunt res non aliae, quam
quae pondere numero mensura continentur.

Depositi quoque utilitatem ius gentium pro- Vindob. I^b
didit, ut quis cūstodiendam rem suam animalem vel 5

Liber secundus.

Totum autem ius consistit aut in acquirendo D. 1, 3, 41
aut in conservando aut in minuendo; aut enim hoc agitur,
quemadmodum quid cuiusque fiat, aut quemadmodum quis
rem suam vel ius suum conservet, aut quomodo alienet aut 10
amittat.

comparatum est interdictum velut cui initium est. Vindob. II^a

quae d***** adipiscendae quam reci- Vindob. II^a 15
perandae possessionis, qualia sunt interdicta quem fundum
et quam hereditatem. Nam si fundum vel hereditatem ab
aliquo petam nec lis defendatur, cogitur ad me transferre pos-

1 reddis] *ergänze* non eadem nummorum corpora 5 quis] *so die Handschrift, nicht quis (= quamvis)* Zeile 13 bis S. 168, 8 müssen vielleicht vor Zeile 6 stehen, *vergl. oben S. 152* 7 consistit] *B, constitit F^bR, constituta F^a* 13 cui] *so die Handschrift, nicht cui' (= cuius)*
15 quae d] *die Handschrift hat: qua* (l oder c oder e) * (d oder c oder e oder o), nicht innu** Nach Maßgabe von l. 2 de interdictis (43, 1) wird etwa so zu ergänzen sein: [sunt et alia] quae [duplicia vocantur interdicta tam]; wir müßten also das als vorausgegangen denken, wovon Gai. 4, 156 spricht 18 lis] *so die Handschrift, nicht his | defendat hat die Handschrift, nicht defendat' | das Zeichen ¯ hinter cogit' verweist vielleicht auf eine jetzt abgeschnittene Randglosse*

sessionem, sive numquam possedi sive ante possedi, [Vindob. II^b
deinde amisi possessionem.

aut per formulam arbitrariam explicantur aut per [Vindob. II^b
5 sponsionem, prohibitoria vero semper per sponsionem expli-
cantur: restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito si qui-
dem arbitrum postulaverit is cum quo agitur, formulam ac-
cipit arbitrariam, per quam arbiter

10 Praediorum urbanorum sunt servitutes, [D. 8, 4, 1 pr. J. 2, 3, 1
quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae,
quoniam aedificia omnia urbana praedia appellantur, etsi in
villa aedificata sunt.

2 amisi] die Handschrift hat amis i; der Raum zwischen s und i ist wohl wegen eines Fehlers im Papyrus leer gelassen, nicht dafs etwa amissi geschrieben wäre 4 vorauf ging etwa: quare cum interdicta restitutoria et exhibitoria 5 prohibitoria vero semper] Rudorff (vergl. Gai. 4, 141), die Handschrift hat semper vero prohibitoria 6 reddicto hat die Handschrift 8 vergl. Gai. 4, 162. 163: Si igitur restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur, modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo. Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet (exhibeat Veron.) aut restituit et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur. Danach wäre zu ergänzen (ähnlich Huschke): nisi arbitrato suo restituatur vel exhibeatur, quanti ea res est condemnare iubetur. 10 praediorum ... 14 sunt] Inst., aedificia urbana quidem praedia appellamus; ceterum etsi in villa aedificia sint, aequae servitutes urbanorum praediorum constitui possunt Dig.; Mommsen (in dem Nachtrag zu dieser Stelle Dig. I S. LXXXVIII) glaubt, dafs Ulpian so geschrieben hat: Et urbana quidem praedia aedificia omnia appellamus; igitur etsi in villa aedificia sint u. s. w.; vergl. oben S. 159

Servitutes rusticorum praediorum sunt [D. 8, 3, 1 pr. J. 2, 3 pr.]
 hae: iter actus via aquae ductus. Iter est ius eundi ambu-
 landi homini, non etiam iumentum agendi vel vehiculum.
 Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum; itaque
 qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et
 iter habet eoque uti potest etiam sine iumento. Via est
 ius eundi et agendi: nam et iter et actum in se via con-
 tinet. Aquae ductus est ius aquam ducendi per fundum
 alienum.

Item praediorum urbanorum servitutes sunt hae: [J. 2, 3, 1] 10
 ut vicinus onera vicini sustineat; ut in parietem eius li-
 ceat vicino tignum immittere; ut stillicidium vel flumen
 recipiat quis in aedes suas vel in aream, vel non reci-
 piat; et ne altius tollat quis aedes suas, ne luminibus vicini
 officiatur. 15

In rusticorum praediorum servitutes [D. 8, 3, 1, 1. J. 2, 3, 2]
 quidam computari recte putant aquae haustum, pecoris ad
 aquam adpulsum, ius pascendi, calcis coquendae, harenae
 fodiendae.

Ideo autem hae servitutes praediorum [D. 8, 4, 1, 1. J. 2, 3, 3] 20
 appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt;

1 servitutes rusticorum praediorum sunt hae] *Dig.*, rusticorum prae-
 diorum iura sunt haec *Inst.*; *Anlaß zur Aenderung waren die vorauf-*
gehenden Worte des Gaius: eodem numero sunt iura praediorum urba-
 norum et rusticorum, quae et servitutes vocantur; *vergl. unten Z. 10*
 3 agendi vel vehiculum] *Inst.*, agendi *Dig.* 6 eoque uti potest *fehlt*
in den Dig. 7 agendi] *Mommсен*, agendi et ambulandi *Dig. Inst.*
 8 aquam ducendi] *Dig.*, aquae ducendae *Inst.* 16 in rusticorum ...
 18 adpulsum] *Inst.*, in rusticis computanda sunt aquae haustus pecoris
 ad aquam adpulsum *Dig.*

nemo enim potest servitutem adquirere vel urbani vel rustici praedii, nisi qui habet praedium.

Traditio plane et patientia servitutium inducet D. 8, 3, 1, 2
5 officium praetoris.

Ab intestato quoque hereditas defertur aut per Coll. 16, 5
ius civile aut per praetoris beneficium. Per ius civile suis
heredibus *id est* liberis qui in potestate fuerunt, filio filiae
10 et deinceps, qui in locum defuncti parentis *ex* eodem nati
succedunt.

Post suos ab intestato legitimi admittuntur: pri- Coll. 16, 6
mum consanguinei. *Hi* sunt fratres et sorores, qui in eius-
dem potestate patris fuerunt, etsi ex diversis matribus nati
15 sunt. Consanguineos et adoptio facit et adrogatio *et* causae
probatio et in manum conventio.

Consanguineis *non extantibus* legitimi vocantur. Coll. 16, 7

1 vel urbani] *Dig.*, urbani *Inst.* 2 praedium] *F*, nec quisquam
debere nisi qui habet praedium *setzen die Inst. und die daraus inter-*
polirten Digestenhandschriften zu; von Ulpian sind diese Worte schwerlich
9 *id est*] *die Handschriften haben* vel | fuerint *Vind.* | filio] *Scaliger, die*
Handschriften haben filii 10 *ex eodem nati*] *Mommsen, die Hand-*
schriften haben qui ex eodem nati sunt 12 suos] *tuos corrigirt in*
duos Vind. | intestos *Berol.* | legitimae *haben beide Handschriften* | pri-
mum] *Berol.*, primi *Vind.* 13 *hi fehlt in den Handschriften* | fratres
et sorores] *Huschke, fratres et soror Berol., frater et soror Vind.*
14 potestatem *Berol. Vind.* | patres *Berol.* | fuerint *Vind.* 15 et adop-
tio] *adoptio Berol.* | et causae] *Huschke, causae die Handschriften*
16 manu *Berol.* 17 consanguineis non extantibus] consanguineis
Berol., consanguinei *Vind.*; *das in beiden Handschriften vorausgehende*
et gehört wohl noch zum Titel item eodem libro et [titulo]

Hi sunt agnati, qui nos per patris cognationem contingunt, virilis sexus; nam sciendum feminis ultra consanguineas hereditates legitimas non deferri.

Suis praetor solet emancipatos liberos itemque Coll. 16, 7 civitate donatos coniungere data bonorum possessione: sic 5 tamen, ut bona, si quae propria habent, his qui in potestate manserunt conferant. Nam aequissimum putavit neque eos bonis paternis carere per hoc, quod non sunt in potestate, neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus. 10

Post agnatos praetor vocat cognatos: cognati Coll. 16, 8 autem sunt, qui nos per patrem aut matrem contingunt. Post cognatos virum et uxorem.

Et haec, si qui decessit non fuit libertinus vel Coll. 16, 8 stirpis libertinae. Ceterum si libertinus est vel libertina, 15 patrono eius legitima hereditas patronaeve lege duodecim tabularum defertur.

Post familiam patroni vocat praetor patronum Coll. 16, 9 et patronam, item liberos et parentes patroni et patronae, deinde virum et uxorem, mox cognatos patroni et patronae. 20

1 nos] non *Vind.* 2 viris *Berol.*, virili *Vind.* | consanguineas *ist im Berol. aus consanguineis corrigirt* 4 praetor solet] praeter *Vind.* | et mancipatus *Berol.* 5 civitatem donatus *Berol. Vind.* | possessiones explicit *Vind.*, der hier abbricht; das folgende steht nur im *Berol.* | possessione sic] possessiones hi *Berol.* 6 si quae] sit qua *Berol.* 7 conferat *Berol.* 8 quod] *Boecking*, qui *Berol.* 9 precipuam bonam *Berol.* | vor partem wird paternarum zu ergänzen sein | ablatoris suis hoc redibus *Berol.* 16 patrono ... patronaeve] *Huschke*, patronum ... patronavae *Berol.* | legem *Berol.* 17 refertur *Berol.* 19 idem *Berol.* 20 cognatus *Berol.*

Quodsi is qui decessit liber fuit ex *mancipatione* [Coll. 16, 9] *citra* remancipationem manumissus, lex quidem duodecim tabularum manumissori legitimam hereditatem detulit; sed praetor aequitate motus decem personas cognatorum ei prae-
 5 tulit has: patrem matrem filium filiam avum aviam nepotem neptem fratrem sororem, ne quis occasione iuris sanguinis necessitudinem vinceret.

Sed imperator noster in hereditatibus quae ab [Coll. 16, 9] intestato deferuntur eas solas personas voluit admitti, quibus
 10 decimae immunitatem ipse tribuit

Etiam hoc modo: 'cupio des' 'opto des' 'credo [D. 30, 115] te daturum' fidei commissum est.

15 aut aetate fessus [D. 39, 6, 7]

1 libero *Berol.* | ex emancipatione citra remancipationem] *Huschke*, ex remancipationem *Berol.* 3 manumissoris legitima *Berol.* 5 avium *Berol.* 6 occansionem *Berol.* 10 inmunitate *Berol.* 12—15 *vergl. oben S. 153* 15 l. 3 (Paulus): Mortis causa donare licet non tantum infirmæ valetudinis causa, sed periculi etiam propinquæ mortis vel ab hoste vel a praedonibus vel ab hominis potentis crudelitate aut odio aut navigationis ineundæ; l. 4 (Gaius) aut per insidiosa loca iturus; l. 5 (Ulpianus) aut aetate fessus; l. 6 (Paulus) haec enim omnia instans periculum demonstrant.

Zusätze und Berichtigungen.

Zu S. 5 Z. 3. Mommsen macht für die Worte von quoniam an in der Digesten-Ausgabe I S. LXXXV folgenden Vorschlag: 'quoniam, etiam si totum testamentum non exstet, si quidem illud concidit testator, denegabuntur actiones, si vero alius invito testatore, non denegabuntur', so daß die Worte 'constat ... scripta sunt et' als Glosse hineingekommen wären. Damit wird ein Bedenken gehoben, welches die Aenderung des quoniam in quin etiam nicht beseitigt, nämlich daß in dem Satze et si quidem noch einmal die beiden möglichen Fälle neben einander gestellt werden, während das vorausgehende constat valere sich schon auf die gegen den Willen des Testators erfolgte Streichung bezieht.

S. 9 Note 1. Näher liegt es wohl heredibus als Glosse zu streichen.

S. 13. Von der Abbildung des Apographum gilt dasselbe, was S. 113 von den Angaben aus demselben gesagt wird.

S. 51 Z. 13 lies 'erkannt' statt 'anerkannt'.

S. 73 Z. 3 lies 'erschienen' statt 'schienen'.

S. 109 Z. 2 lies 'mußte' statt 'mußten'.

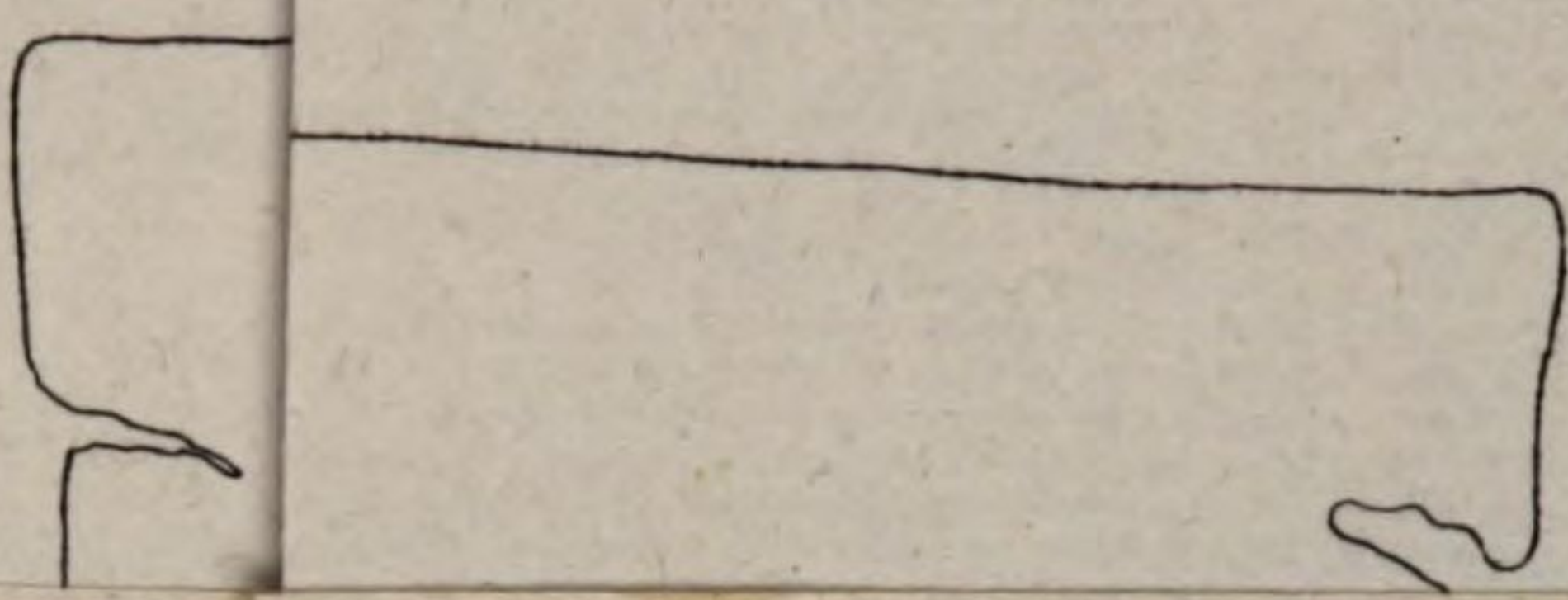
S. 145 Z. 9. Auf meine Bitte hat Em. Hoffmann festgestellt, daß sich die Streifen nur so ohne Widerstreben zusammenlegen lassen, daß das Blatt mit den Contracten (I) voraufgeht.

Verlag der Weidmannschen Buchhandlung (J. Reimer) in Berlin.

Berlin, Druck von GUSTAV SCHADE, Marienstr. 10.

Codex Vindobon

1b



THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY

ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION
52
100

100
100

100
100

100
100

100
100

F. X. B.
kgl. Hofbuchbinder
MÜNCHEN
Lederergasse N° 25.



Krüger, Paul,

Kritische Versuche im Gebiete des römischen Rechts

Berlin 1870

J.rom.m. 278 f

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566831-5